

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

DISTINCTION DU MANDAT SALARIÉ

ET DU

LOUAGE DE SERVICES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 1^{er} avril 1914, à 4 heures

PAR

Luc NEMOURS-AUGUSTE

Avocat de la Légation d'Haïti

Président : M. COLIN, professeur

Suffragants : { *MM. MASSIGLI, professeur.*
CAPITANT, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

Léon TENIN, Directeur

—
1914

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

DISTINCTION DU MANDAT SALARIÉ

ET DU

LOUAGE DE SERVICES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 1^{er} avril 1914, à 4 heures

PAR

Luc NEMOURS-AUGUSTE

Avocat de la Légation d'Haïti

Président : M. COLIN, professeur.

Suffragants : { *MM. MASSIGLI, professeur.*
CAPITANT, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, rue Soufflot, PARIS-5^e

Léon TENIN, Directeur

1914





Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA
DISTINCTION DU MANDAT SALARIÉ
ET DU
LOUAGE DE SERVICES

PREMIÈRE PARTIE

**RECHERCHE DU CRITÉRIUM QUI DISTINGUE
LE MANDAT SALARIÉ DU LOUAGE DE SERVICES**

INTRODUCTION

Le mandat salarié et le louage de services sont des contrats très voisins. Dans les deux cas, il s'agit d'une obligation prise par l'une des parties d'accomplir un acte, ou une série d'actes, dans l'intérêt de l'autre partie.

Nous nous proposons de rechercher le critérium qui permettra de les distinguer, car il y a grand intérêt à ne pas les confondre.

L'intérêt principal vient de ce que la loi du 27 dé-

cembre 1890, qui a modifié l'article 1780 du Code civil, a décidé que la résiliation d'un louage de services par la volonté d'un seul des contractants *peut* donner lieu à des dommages-intérêts. La jurisprudence interprète ce texte dans un sens de plus en plus favorable aux locateurs.

Quant au mandat, il est révocable *ad nutum* aux termes de l'article 2004 du Code civil.

Celui qui a été renvoyé ne manque pas de soutenir qu'il s'agissait d'un louage.

C'est à l'occasion de procès pour renvoi brusque ou injustifié que les tribunaux ont eu le plus souvent à distinguer le mandat salarié du louage de services.

Le salaire d'un locateur ne peut être réduit, en vertu de l'article 1134 du Code civil.

La jurisprudence persiste à décider, malgré l'opposition motivée de la doctrine, que le salaire du mandataire est au contraire réductible.

En vertu de ce principe, fréquemment, les tribunaux réduisent les salaires des intermédiaires de ventes de fonds de commerce.

Les notaires trouvent un grand avantage à faire juger qu'ils sont, non pas des locateurs, mais les mandataires de leurs clients.

En cette qualité, ils jouissent contre ceux-ci, grâce à l'article 2002 du Code civil, d'une action solidaire

d'autant plus intéressante que la solidarité ne se présume pas.

Il n'y a rien de semblable dans le louage.

Par suite de l'importante législation sur les accidents de travail, il importe de ne pas confondre le mandat salarié du louage de services. Seuls en effet, les locateurs, et non les mandataires, bénéficient des avantages considérables de cette législation spéciale.

Le mandat finit par la mort du mandant ; le louage passe à la charge des ayants cause du loueur.

Des héritiers, pour n'être pas tenus à l'exécution d'un contrat intervenu entre leur auteur et un tiers, ont donc intérêt à soutenir que ce contrat est un mandat et non un louage.

Les droits perçus par le fisc sont différents selon que le contrat est un mandat ou un louage.

Le mandat n'est passible que du droit fixe de 2 francs établi par l'article 43, n° 17 de la loi du 28 avril 1816. Les procurations en effet y sont soumises.

Or, depuis le Code (article 1985) procuration et mandat sont synonymes.

Le louage est passible du droit proportionnel.

L'opinion commune estime que le mandat salarié est un contrat unilatéral. Le louage est au contraire un contrat synallagmatique.

Lorsque le contrat qui lie deux parties est rédigé sur un seul original, l'une des parties peut avoir intérêt à prétendre que ce contrat est un louage, et qu'il aurait fallu dresser deux originaux.

La capacité des contractants n'est pas la même dans le mandat et dans le louage de services.

Tout incapable peut être choisi pour mandataire, tandis qu'un mineur non émancipé ou une femme mariée ne peuvent s'employer sans autorisation.

Ces différences entre le mandat salarié et le louage de services indiquent combien il importe de distinguer ces deux contrats.

Nous nous proposons de rechercher le critérium qui permettra d'établir cette distinction.

Nous en poursuivrons la recherche dans le droit romain, dans l'ancien droit français, dans le droit moderne.

Puis, à l'aide de ce critérium, nous étudierons certains contrats, et nous résolverons la question de savoir s'ils constituent un mandat ou un louage.

CHAPITRE PREMIER

Le droit romain

A l'époque primitive, le mandat était, sinon inconnu, du moins extrêmement rare. Les Romains, qui devaient être si longs à l'organiser, étaient à l'origine trop soupçonneux et trop défiants pour se confier à un mandataire. L'amitié seule, qui liait le mandant au mandataire, pouvait inciter celui-là à s'en remettre à celui-ci. Quand le mandat apparut, ce fut donc comme un « office de l'amitié ».

Originem ex officio atque amicitia trahit (1).

Puisque telle était la nature du mandat, il ne pouvait donc pas être salarié :

Contrarium ergo est officio merces (2).

C'est ainsi qu'à l'origine le mandat salarié n'existait pas. Dès qu'un salaire avait été stipulé, le contrat n'était plus un mandat, mais un louage. La gratuité, qui était de l'essence du mandat, était le signe qui le distinguait du louage.

1. Paul, D. 17. I. 1.

2. Paul, *loc. cit.*

Les textes sont particulièrement formels :

Mandatum gratuitum esse debet (1).

Mandatum nisi gratuitum nullum est.... interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit (2).

Voici des exemples qui montrent avec quelle rigueur les Romains appliquaient ce critérium :

Un patron marinier, dit Ulpien, est un mandataire, s'il n'est pas salarié :

... Aut ex locato cum magistro, si mercede operam ei exhibet, aut si gratuitam, mandati agere potest (3).

Paul partage cette opinion :

Si gratuitæ operæ fuerint, mandati ages (4).

L'exemple le plus typique nous est donné par Gaius :

« In summa sciendum est quoties faciendum gratis
« dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur mandati esse actione : veluti si fulloni polienda curandave vestimenta aut sarcinatori sarcienda data sint (5). »

Tel était l'état primitif du droit sur cette question.

Les mœurs introduisirent des tempéraments qui atténuèrent la rigueur du principe.

1. Paul, *loc. cit.*

2. Paul, *loc. cit.*

3. Ulp. D. 14, I, § 18. de exercit. act.

4. Paul, D. 14. I. V. § 1.

5. Gaius. C. III. § 162.

Ne convenait-il pas en effet que le mandant remboursât au mandataire les dépenses qu'avait occasionnées l'accomplissement du mandat ? Pouvait-il être interdit au mandant de témoigner sa reconnaissance au mandataire en lui offrant quelque souvenir de prix ou même de l'argent ?

Le mandat dans ce cas n'était plus purement gratuit. Allait-on décider, conformément à la règle admise jusque-là, que la disparition, sinon complète, au moins partielle, de la gratuité transformait ce contrat en un louage ?

C'est alors que sous l'effort des mœurs une évolution se produisit. La jurisprudence estima que la gratuité n'était pas le seul point sur lequel le mandat se différenciait du louage, qu'il y avait entre ces deux contrats d'autres dissemblances. La gratuité ne fut plus considérée comme étant de l'essence, mais uniquement comme étant de la nature du mandat.

Le mandat salarié était né.

Sur quels signes allait-on désormais se fonder pour le distinguer du louage avec lequel il présentait maintenant une si grande analogie ?

La jurisprudence s'est attachée à deux circonstances importantes, qui sont intimement liées. La première est la nature du prix, la deuxième la qualité des services que l'une des parties doit accomplir.

A. — Nature du prix

Le prix est essentiel dans le louage ; il ne saurait y avoir de louage si un prix n'a pas été stipulé.

La gratuité au contraire est de la nature du mandat. La loi autorise bien le mandant à récompenser le service que lui a rendu le mandataire, elle va même jusqu'à permettre au mandataire de réclamer l'indemnité qui lui a été promise, mais elle entend que cette récompense et cette indemnité ne soient pas assimilées au prix vénal d'une chose qui s'achète.

L'idée que le mandat est un office de l'amitié subsiste. Le mandataire rend un service, et la loi se refuse à trouver un équivalent entre le fait et la récompense. Elle estime que le mandataire est déterminé à agir par un sentiment qui ne saurait s'apprécier en argent : le désir de rendre service.

Dans le louage, le prix correspond exactement au service rendu, il en est l'équivalent en argent.

Dans le mandat salarié au contraire, une profonde différence existe entre la récompense et le service accompli. Le prix n'en est pas l'exact équivalent ; il y a encore place pour la gratitude.

« Il est des choses, dit Sénèque (1), qui ont un prix
« supérieur à leur valeur vénale. Vous achetez du

1. Sénèque, *De beneficiis*, 6. 15.

« médecin une chose inestimable : la vie et la santé ;
« du précepteur d'arts libéraux, les connaissances qui
« ennoblissent l'esprit. Aussi, n'est-ce pas le service
« lui-même que vous payez au médecin ou au pré-
« cepteur, mais leur peine, mais leur ministère, les
« heures qu'ils dérobent à leurs affaires pour nous
« les consacrer. La somme que vous déboursez re-
« présente le salaire non du service, mais du temps
« employé.

« Le pilote, celui qui nous donne l'hospitalité dans
« un désert, nous rendent d'importants services ; ce-
« pendant c'est à un prix fixe et modique que tout
« ce travail est payé.

« Mais le médecin, mais le précepteur, je leur dois
« quelque chose de plus que leurs honoraires, qui ne
« m'acquittent point envers eux. C'est que de mé-
« decin ou de précepteur ils deviennent des amis.

« Ils nous obligent moins par leur art que par le
« dévouement qu'ils mettent à l'exercer. »

Cette différence dans la nature du prix se tradui-
sait par une différence dans la qualification de ce
prix.

Le prix du louage s'appelait « merces ». Ce mot
emportait une idée de vénalité incompatible avec
celle d'un service rendu. Il en résultait que le louage
était considéré, en quelque sorte, comme un contrat
d'ordre inférieur.

La récompense du mandat portait le titre plus re-

levé d' « *honorarium* ». Ce mot avait comme un cachet de noblesse.

Pour que le contrat ne perdît pas sa nature de mandat salarié, il fallait en outre que le mandataire eut commencé sa gestion dans un esprit désintéressé, qu'en un mot le mandat eut été gratuit *ab initio*. Si non, le contrat dégénérât en un louage. Il en était ainsi en vertu de la maxime : *Initium inspiciendum est*, qui s'appliquait en ce cas tout particulièrement.

Aussi, Ulpien écrit-il :

Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio (1).

Ainsi, qu'un avocat accepte *ab initio* l'honoraire de son client, il ne sera plus considéré comme un mandataire.

B. — Qualité des services

Ce n'est pas seulement la nature du prix qui établit une différence entre le mandat salarié et le louage il y a lieu de considérer la qualité des services. Certains faits, d'après le jurisconsulte Paul, sont du domaine du mandat, d'autres du domaine du louage.

... *Si tale sit factum, quod locari solet...*

Si tale sit factum, quod locari non posset (2).

1. Ulp. D. 17.1.6.

2. Paul. D. 19. V. Loi 5, § 2.

Mais quels sont les services qui peuvent faire l'objet d'un louage ? Comment les distinguer de ceux qui peuvent être demandés à un mandataire ? Quel sera le critérium ?

... Bartole a proposé la distinction suivante :

Sont nécessairement des louages, les actes de pur fait, comme celui qui consiste à aller à Rome.

Quant aux faits mêlés de droit, comme lorsqu'il s'agit d'affranchir un esclave, de vendre une maison, il importe pour les qualifier de recourir à une distinction.

Ceux qui peuvent s'accomplir en une seule fois, comme affranchir un esclave, vendre une maison, ne peuvent pas dégénérer en louage.

Ceux qui ont au contraire un caractère successif, comme agir pour quelqu'un en justice, sont susceptibles de faire l'objet d'un louage. Bartole argumente à cet égard de la loi 5, § 2 du Digeste : *De praescriptis verbis*.

Jason a combattu avec force cette théorie. Elle établit, dit-il, des distinctions arbitraires.

On ne comprend pas en effet pourquoi un fait mêlé de droit serait un louage quand il est successif et deviendrait un mandat quand il peut être accompli dans une unité de temps.

Aussi Jason a-t-il proposé un autre système qu'il fonde sur la loi 5 § *At cum do* Digeste de *praescriptis verbis*.

D'après ce jurisconsulte, le fait est susceptible de donner matière à un louage lorsqu'il est de ceux dont on peut tirer un profit pécuniaire, un émolument en argent. Ce sera un mandat dans le cas contraire.

Mais la question ainsi posée paraît trop générale.

Il y a des faits dont on peut tirer un profit, et qui cependant, à raison de la noblesse qui les caractérise, ne sauraient dégénérer en louage.

Aussi Bachovius propose de s'en référer à la qualité des faits, et de ne considérer comme des louages que ceux qui, d'un caractère moins relevé et moins honorable que les autres, ont coutume d'être estimés en argent.

Telle était en effet la théorie romaine.

La société romaine, très aristocratique, avait hiérarchisé les professions. La noblesse des unes les faisait considérer comme des mandats, et la vileté des autres comme des louages.

C'est ainsi qu'à propos de l'*agrorum mentor*, Ulpien écrit (1) :

« Quia non crediderunt veteres inter talem personam (agrorum mentor) locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari ».

1. Ulp. D. 11. VI. 1.

Cette hiérarchie des professions est encore établie par un autre texte :

Ulpien estime que les professeurs de philosophie et les professeurs de droit exercent une profession tellement au-dessus des autres, tellement « sainte » qu'ils ne peuvent pas réclamer en justice le paiement de leurs honoraires (1).

Il n'en était pas moins très difficile de faire le départ entre les diverses professions et de préciser sur quels signes on devait se fonder pour les caractériser, et pour décider que tel fait pouvait être l'objet d'un mandat et tel autre d'un louage.

Une classification coutumière s'établit ; le droit s'inspira des mœurs.

Les Romains distinguaient les travaux de l'esprit des travaux manuels ou mécaniques :

« Liberales aut illiberales artes. »

Les premiers étaient beaucoup plus estimés que les seconds.

Cicéron indique nettement le mépris dans lequel il tient les « illiberales artes » et la raison de ce mépris (2).

« Illiberales autem et sordidi quaestus mercenariorum, omniumque, quorum operae, non artes, emuntur ; est enim illis ipsa merces auctoramentum servitutis. »

1. Ulp. D. L. 13.1 § 4.

2. Cicéron. *De officiis*, I. 42.

Certains contrats étaient réputés plus nobles parce qu'il apparaissait que dans ces contrats le prix n'était pas l'équivalent du service rendu, que ce service avait un caractère de bienfaisance ; parce que ces contrats laissaient à la reconnaissance une place dont le louage ne tenait aucun compte.

Sénèque nous fait connaître quel était sur ce point l'état des mœurs (1).

Il résume ainsi son appréciation :

« In Optimis vero artibus quae vitam aut conser-
vant aut excolunt, qui nihil se plus existimat de-
bere quam pepigit, ingratus est. »

La jurisprudence prit ces principes pour guide et elle parvint à établir une démarcation entre les contrats qui pouvaient être des mandats salariés et ceux qui nécessairement étaient des louages.

Sans doute il se produisit encore quelques hésitations, mais les auteurs finirent par faire cesser ces incertitudes ; bien peu de cas demeurèrent controversés.

Le titre De Variis au Digeste relate les professions qui par suite de leur dignité, de leur noblesse, étaient considérées comme des mandats salariés.

Mais avant de les énumérer il importe de réfuter une opinion de Saumaise.

D'après cet auteur le titre de Variis n'aurait pas

1. Sénèque. *De beneficiis*, 6. 17.

pour objet de faire connaître les professions qui constituaient des mandats salariés. Il se bornerait à traiter une question de compétence, à examiner si certaines professions rentraient oui ou non dans la juridiction du Gouverneur de la Province.

La réponse à cette objection semble facile. Sans doute le titre de Variis règle une question de compétence. Mais comme le critérium qui détermine la juridiction du Gouverneur consiste précisément en ce que les professions qui y sont soumises ont le caractère de mandats salariés et non de louages, la distinction entre les professions qui constituent un mandat salarié et celles qui constituent un louage se trouve résolue par là-même.

... Les professions qu'énumère le titre de Variis sont bien celles que les mœurs romaines considéraient comme trop honorables pour être des louages.

Étaient des mandataires salariés les rhéteurs, les grammairiens, les précepteurs.

On y ajoutait les arpenteurs et les géomètres (*agrorum mensor*). Ceux-ci jouissaient de la même considération que l'augure, auquel ils avaient succédé pour l'opération sacrée du bornage.

Les médecins, les sages-femmes, les nourrices étaient aussi des mandataires salariés.

Quant aux professeurs de droit et aux professeurs de philosophie, l'estime particulière dans laquelle ils

étaient tenus à Rome les avait fait placer dans une catégorie encore plus élevée que celle des mandataires salariés. Les Romains, suivant l'opinion d'Ulpien, citée ci-dessus, pensaient que les professeurs exerçaient un véritable sacerdoce, et qu'ils ne pouvaient, sans s'avilir, réclamer en justice le paiement de leurs honoraires.

On considérait encore comme des mandataires salariés les libraires, les copistes, les comptables, les caissiers.

Les avocats enfin étaient des mandataires salariés.

Cette classification est toute coutumière.

Pour la comprendre il importe de se pénétrer des mœurs romaines. La distinction entre le louage et le mandat salarié est bien faite pour une société qui, d'une part, vivait du travail servile, et, d'autre part, comptait des hommes adonnés aux professions dites libérales.

Ceux-ci, grâce à une organisation qui n'existe plus, se faisaient gloire de ne pas vivre de leur travail. Savants, médecins, avocats, lettrés, ils rendaient ou étaient censés rendre des services gratuits.

La connaissance des mœurs romaines explique donc pourquoi certaines professions, qui nous paraîtraient dignes de figurer dans cette classification, en étaient exclues.

Ainsi, les Romains dédaignaient la peinture et con-

sidéraient que la profession de peintre, pictor, rentrait dans la catégorie du louage, et non dans celle du mandat salarié.

Valère-Maxime disait de Fabius Pictor, qu'en travaillant à la peinture il s'était adonné à un art bien au-dessous de sa naissance et de la situation de ses ancêtres.

En résumé, les considérations qui précèdent montrent les diverses étapes de l'évolution qu'a subie le contrat de mandat depuis l'origine jusqu'à la dernière période du droit Romain. Elles indiquent que dans cette dernière période la distinction entre le mandat et le louage était subordonnée, non à la gratuité, mais à la qualité des services rendus, c'est-à-dire au caractère noble ou non de ces services.

Nous allons rechercher maintenant si cette distinction a passé dans l'ancien droit français.

CHAPITRE II

L'ancien droit français.

Une société aussi fortement hiérarchisée que la société féodale, aussi profondément imprégnée de droit romain, devait adopter sur la question qui nous intéresse les solutions romaines. Elle devait même les dépasser.

Les contrats étaient, surtout sous le régime féodal, hiérarchisés comme les personnes. Le mandat, qui appartient à la catégorie des offices nobles, est par essence gratuit et étranger à toute rémunération.

Tous les auteurs reproduisent le critérium tiré de la gratuité. Ils se bornent à développer sur ce point les textes romains.

Guy Coquille (1), à propos des « Procureurs de plaidoiries » qui sont salariés, déclare qu'ils ne sont pas des mandataires.

« Car tout mandat est gratuit, et a sa source « d'honnêteté et d'amitié, et c'est chose contraire à amitié que le salaire. »

1. Guy Coquille : *Questions sur les Coutumes*. Quest. 197.

Les mêmes principes inspirent Cujas.

Il oppose le « procurateur » à l'avocat ; le premier est un mandataire, le second un locateur.

Il expose ses raisons de décider, et s'explique sur le critérium qu'il invoqué. Il dit du procurateur (1)

« Nec procurator locat suas operas, quamvis salarius is, et esse possit, mandatus recepit salarium, quod procuratori praebeatur.

« Recipit honorarium et, peracto mandato, remunerationem.

« Mercedem, id est pretium operae, non recipit. Haec sunt notissima ».

Cujas revient sur ces idées « universellement » reçues (2) :

« Officium procuratorio constituitur mandato, quod est gratuitum. »

Quant aux avocats, aux dépens desquels Cujas exerce sa verve, ce ne sont que des locateurs.

« Advocati officium non est gratuitum, advocati qui, ut Seneca ait in Hercule furente :

« Clamosi rabiosa fori jurgia vendunt.

« Iras et verba locant.

« Nec ducuntur amicitia ut procuratores, sed quaestu. »

La même note se retrouve dans Serres (3).

1. Cujas, sur le livre 32. Pauli ad Edict L. 1.55 Mand.

2. Cujas. Comm. in lib. 3. Resp. Pap ad legem 7 Mand.

3. Serres. *Institutions du Droit Français*, tit. 28 du Mandat.

Il commente le texte :

« Sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in
« aliam formam negotii cadere. »

« Il en résulte, dit-il, que les actes passés avec un
« procureur *ad lites* pour le charger de la poursuite
« d'un procès tiennent plutôt du louage que du man-
« dat : le ministère des procureurs, établis en titre
« d'office, n'est pas gratuit. Il faut en dire autant
« des commis, facteurs, préposés et autres qui reçoivent des salaires ou des appointements. »

Serres pousse donc à l'extrême le critérium fondé sur la gratuité du mandat ; il n'admet pas l'existence du mandat salarié.

Les formules recueillies par de Rozières (1) nous confirment dans cette idée que le mandat continuait à être considéré comme un office de l'amitié.

Les formules s'expriment ainsi :

« Propterea (ma vieillesse) prece et supplico caritati
« tue ut in vicem meam omnes causa meas... perse-
« quere facias... quia plus amo te quam me, plus te
quam heredibus meis.

« Et ut hoc mandatus post te firmiore retineas... manu
« propria subter decrevi adfirmare, et qui subscri-
« serit in praesente rogavi. »

Le mot « Caritas » revient dans toutes les formu-

1. De Rozières. *Recueil de formules*, I, n° 387 et s.

les relatives au mandat, et nous indique quel était l'esprit de ce contrat.

Ce même esprit s'est conservé dans tout l'ancien droit.

Vinnius ne fait que reproduire les idées romaines (1).

Quels sont, se demande-t-il, les contrats qui sont du domaine du louage.

« Qualia fere sunt quae mercede eaque proportionata facto aestimantur, ut operae mechanicae.

« Nam operas liberales pretio nummario aestimari indignum est. »

Et il invoque l'autorité des anciens :

« Ideoque nec cum iis qui ingenio patrocinio, fide consilio operam impendunt crediderunt veteres locationem et conductionem esse, et quicquid hic vel datum, vel constitutum est non merces, sed honorarium dicitur... »

Bourjon, s'exprime avec plus de netteté :

Il déclare que la maxime : « Mandatum nisi gratuitum nullum est », est vraiment « raison écrite ». Le mandat, dit-il, tire son origine de l'amitié, le mandataire ne saurait donc avoir aucune action pour ses peines (2).

1. Vinnius. Commentaire du liv. 3, tit. 27, § 13 des Inst.

2. Bourjon. *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris*, II, ch. 8.

Bourjon ne lui en accorde que pour ses impenses.

Il revient aux idées de la première période du droit romain, qui n'admettait pas que le mandat put être salarié.

Domat est plus large.

Il admet l'existence d'un mandat salarié ; la nature du prix distingue ce contrat du louage (1). C'est en somme la théorie qui a prévalu à une certaine époque du Droit Romain.

« Les procurateurs constitués, exerçant d'ordinaire
« une honnêteté et un service d'ami, leur fonction
« est gratuite. Et si on convenait de quelque salaire,
« ce serait une espèce de louage où celui qui agirait
« pour un autre donnerait pour un prix, l'usage de
« son industrie et de son travail.

« *Mandatum nisi gratuitum nullum est.*

« Mais la récompense qui se donne sans conven-
« tion et par honneur pour reconnaître un bon office
« est d'un autre genre, et ne change pas la nature de
« la procuration.

« *Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit
« mandati actio.* »

Nous arrivons ainsi à Pothier. Les doctrines romaines sont parvenues jusqu'à lui sans subir la moindre modification. L'opinion du grand jurisconsulte se rapproche d'ailleurs de celle de Domat.

1. Domat. *Lois civiles*, I, tit. 15. *Des procurations*, sect. 1, § 9.

Le mandat, dit-il (1), se distingue du louage par la gratuité, qui est de l'essence du mandat.

Le mandat peut cependant être salarié, et ne pas dégénérer en louage. Il s'en distingue parce que le service rendu par le mandataire est d'une nature telle qu'il n'est pas appréciable en argent ; le salaire promis au mandataire n'est donc pas l'exacte mesure du service ; et, après avoir payé, nous devons de la reconnaissance au mandataire.

Ces services, inappréciables en argent, sont ceux que rendent notamment les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques.

Ils exercent, dit Pothier, des professions libérales ; ils sont donc des mandataires.

Pour mieux faire saisir sa théorie, Pothier donne un exemple. Nous le reproduisons intégralement :

« Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier
« de se charger de la défense de ma cause, il me dit
« qu'il veut bien s'en charger. Je le remercie et je lui
« dis que pour lui donner une faible marque de ma
« reconnaissance, je lui donnerai le *Thésaurus* de
« Néerman, qui manque à sa bibliothèque.

« Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent, que je lui offre de si bonne grâce. Quoique je
« promette à cet avocat le *Thésaurus* de Néerman,

1. Pothier. *V. du mandat*, n. 22, édition Bugnet.

« le contrat qui intervient entre nous n'en est pas
« moins un contrat de mandat parce que ce que je
« lui promets n'est pas le prix de la défense de ma
« cause dont il se charge. Cette défense de ma cause,
« dont il se charge, étant quelque chose qui n'est
« pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gra-
« tuit, parce que cet avocat n'exige rien pour se char-
« ger de l'affaire qui en fait l'objet.

« La promesse que je lui fais de ce *Thésaurus*,
« qu'il accepte, est une convention qui, quoiqu'elle
« intervienne en même temps que le contrat de man-
« dat, n'en fait pas néanmoins partie et lui est étran-
ger. »

Cet exemple nous permet de comprendre parfaitement l'état du droit au temps de Pothier. Il est un écho des doctrines romaines. Celles-ci se sont maintenues intactes jusqu'à la fin de l'ancien droit.

Certains auteurs se sont même attachés au critérium tiré de la gratuité plus strictement que les Romains de la seconde période.

Les idées de Pothier ont-elles inspiré les rédacteurs du Code civil ?

Le Code civil a-t-il consacré sa doctrine ou s'en est-il écarté ?

CHAPITRE III

Le Code civil

A) LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES

1° Les rédacteurs du Code civil, imprégnés des idées de Sénèque et des principes de la législation romaine, paraissent avoir eu du mandat la même conception que les jurisconsultes de l'ancien droit. Il semble que dans leur esprit le même critérium, c'est-à-dire la gratuité, ait servi à différencier le mandat du louage.

Cela résulte de la discussion du projet de loi devant le tribunat et le corps législatif et des discours des orateurs.

Dans l'exposé des motifs de la loi sur le mandat, le conseiller d'Etat Berlier s'est exprimé ainsi :

« De sa nature le mandat est gratuit ; c'est un office de l'amitié, ainsi le définit le droit romain et notre projet lui conserve ce noble caractère. » Puis il ajoute : « Cependant cette règle tournerait souvent « au détriment de la société, si elle était tellement « absolue qu'on ne put y déroger par une stipulation

« expresse. Cette stipulation sera donc permise, car
« elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, et
« même elle sera d'une exacte justice toutes les fois
« que le mandataire n'aura point assez de fortune
« pour faire à son ami le sacrifice de son temps et
« de ses soins ; circonstance qui peut arriver souvent
« et dans laquelle la rétribution sera moins un lucre
« qu'une indemnité(1). »

Dans son rapport au Tribunal le tribun Terrible a exprimé les mêmes idées dans une forme un peu différente.

Après avoir déclaré que les autres contrats avaient toujours pour mobile ou pour régulateur l'intérêt de tous les contractants ou de quelqu'un d'entre eux, le rapporteur du projet continue ainsi : « Le mandat
« pose sur d'autres bases. Il ne porte aucun chan-
« gement dans la nature de l'affaire qui en est l'ob-
« jet, il ne présente aucun bénéfice réel ni à l'un ni
« à l'autre des contractants.

« La confiance de la part du commettant, un offi-
« cieux dévouement de la part du mandataire, feront
« seuls le principe et le lien de ce contrat. »

Un peu plus loin, non sans une certaine emphase, il s'exprime ainsi : « Le projet proclame que le man-
« dat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. Il
« imprime ainsi à ce contrat le beau caractère du dé-

1. Fenet. *Travaux du Code civil*, t. XIV, p. 584.

« sintéressement et de la générosité. La loi civile, tous
« jours respectable, semble devenir plus touchante,
« lorsqu'on la voit féconder dans le cœur des ci-
« toyens les sentiments officiels qui les portent à
« se rendre mutuellement des services gratuits, et les
« ennoblir en traçant les règlements qui doivent les
« diriger. »

Le tribun Tarrible rappelle qu'il en était ainsi chez les Romains qui, dit-il, « observaient ce principe avec tant de scrupule que la plus légère rétribution, regardée chez eux comme incompatible avec le mandat, le faisait dégénérer en un louage. » Nous savons que cette théorie n'avait été admise que dans la première période du droit romain.

« Ce rigorisme, continue Tarrible, a paru exagéré aux auteurs du projet. »

Il en donne les raisons. Ces raisons sont identiques à celles qu'avait invoquées le droit romain pour admettre l'existence du mandat salarié :

« Pourquoi le commettant ne pourrait-il pas obéir
« au sentiment d'une juste délicatesse, qui le porterait à indemniser le mandataire du sacrifice d'un
« temps et des soins qu'il aurait pu employer utilement pour lui-même.

« Ces signes de gratitude, loin de dénaturer le service en rendent le caractère plus sensible.

« Une récompense donnée ou promise n'est jamais réputée dans ce contrat qu'une indemnité ; elle

« n'est point un bénéfice, elle ne change donc point
« la nature du mandat, et n'empêche pas que les
« devoirs réciproques du commettant et du manda-
« taire ne demeurent soumis aux règles de ce con-
« trat (1). »

Enfin le tribun Bertrand de Greuille, chargé de présenter le vœu du Tribunal, affirme dans son discours au Corps législatif que le mandat salarié se distingue du louage par la noblesse des services que rend le mandataire.

« Le mandat, dit l'orateur, est un échange de con-
« fiance et de bienfaisance, il est donc gratuit par
« sa nature. Le projet reconnaît formellement ce
« principe, et vous ne trouverez pas sans doute qu'il
« en altère l'essence, en permettant de stipuler au
« profit du mandataire quelques témoignages de
« bienveillance. Certaines affaires n'exigent-elles
« pas en effet des soins si prolongés et si assidus que
« l'ami le plus désintéressé ne puisse s'en charger
« sans rétribution ? Et lorsque l'affection est encore
« la cause première et déterminante du bon office
« qu'il consent à rendre, voudrait-on humilier sa
« personne, dégrader ses services, en les rangeant
« dans la classe de ceux qu'on reçoit du mercenaire
« ou d'autres salariés ? Non sans doute, le dévoue-
« ment, le zèle de l'amitié sont quelque chose d'in-

1. Fenet, *op. cit.*, p. 590.

« précieux, et c'est le cœur, et non l'argent, qui
« peut acquitter la dette de la reconnaissance (1), »

II. — Il paraît donc bien ressortir de l'ensemble de ces discours et de ces déclarations que les rédacteurs du Code civil ont entendu maintenir, sans aucun changement, la théorie romaine sur la gratuité du mandat. Sans doute ils ont admis que le mandataire pouvait recevoir une rémunération, une rétribution. Mais, comme dans la théorie romaine, ils ont considéré que cette rétribution ne pouvait pas être assimilée à un véritable salaire, que l'acceptation de cette rétribution par le mandataire ne pouvait pas faire dégénérer le contrat en un louage.

1. Fenet, *op. cit.*, p. 606

B) LE TEXTE DU CODE

I. — Bien qu'ils eussent du mandat la même notion que les Jurisconsultes de l'ancien droit, les rédacteurs du Code civil semblent avoir introduit dans les textes relatifs à la nature de ce contrat un nouveau principe.

L'article 1984, qui renferme la définition du mandat, est ainsi conçu :

« Le mandat ou procuration est un acte par lequel
« une personne donne à une autre le pouvoir de faire
« quelque chose pour le mandat et en son nom. »

D'après cette définition, l'essence du mandat, le trait distinctif qui servirait à le distinguer du louage de services, serait, non la gratuité ou la qualité des services rendus, mais la représentation juridique du mandant par le mandataire.

Cette façon d'envisager le mandat est tout à fait contraire à la doctrine romaine. Les Romains, même dans la dernière période du droit, n'en étaient pas arrivés à admettre la représentation d'une personne par une autre. Ils étaient restés fidèles à la vieille

maxime : « Per extraneam personam nihil acquiri
« posse. »

Cette doctrine : que, d'après le Code, la représentation distinguerait le mandat du louage a trouvé parmi les commentateurs du Code de très ardents partisans.

Le premier jurisconsulte qui ait soutenu cette théorie est *Duvergier*.

Il prétend que le Code lui-même rompt complètement avec les idées romaines. Il cite le rapport adressé au Tribunat par le tribun Tarrible :

« Relativement aux tiers, le mandataire ne traite
« pas de ses propres intérêts ; il ne contracte aucune
« obligation personnelle ; il n'est que le simple or-
« gane de ce même commettant, qui demeure seul
« obligé envers le tiers par la transaction passée en
« son nom, lorsqu'elle est conforme aux vœux qu'il
« à exprimés. »

Pour rendre saisissante cette idée de représentation, Tarrible recourt à une image.

« Que le mandat ait été donné à un mineur ou à un
« majeur, à une femme mariée ou à un homme jouis-
« sant de la plénitude de ses droits civils, la personne
« du mandataire disparaît comme un échafaudage
« devenu inutile après la construction de l'édifice,
« et la transaction, relativement au commettant, seul
« intéressé, a toute la solidité dont elle est suscep-
« tible. »

Duvergier insiste sur ce qu'il n'y a pas un mot dans les textes du Code qui rappelle la théorie romaine.

Laurent (1) abonde dans le même sens. Il soutient que les idées sur la rémunération des services s'étaient modifiées. On ne pensait pas que la stipulation d'un salaire avilissait un service. « Quand, dit-il, en 1789, « la Constituante enleva au clergé le patrimoine dit « des pauvres, les orgueilleux prélats, oubliant la « pauvreté du Christ, protestèrent contre la loi qui « les assimilait à des salariés. On sait la réponse foudroyante de Mirabeau : il n'y a que deux manières « de vivre ; de travailler en gagnant son salaire, ou « de mendier ; à moins qu'on ne préfère voler. »

Puisque tels étaient les mœurs, et que l'article 1986 déclare expressément que le mandat peut être salarié, où chercher le critérium qui distinguera le mandat salarié du louage ?

Laurent le trouve dans le Code, de la manière la plus claire, dans la définition même que l'article 1984 donne du mandat :

« Le mandataire agit au nom du mandant ; il le représente. »

La représentation sera donc le critérium cherché.

Et à ce propos, observe Laurent, si les jurisconsultes, imbus du passé, avaient pour le Code civil le même respect que pour le droit romain, la question

1. Laurent. *Principes du Droit civil*, t. 27, n° 334 et s.

ne se poserait pas : elle est décidée par le premier article de notre titre, par l'article 1984.

Laurent insiste sur l'importance de ce nouveau caractère du mandat.

En dehors de l'article 1984, il invoque l'article 1990 ainsi conçu : « Les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires. »

Si l'incapacité du mandataire importe peu, c'est donc que ce n'est pas lui qui contracte, mais le mandataire qui doit être capable :

« Cela dit-il, est décisif pour la théorie de la représentation. Il n'en était pas de même en droit romain, où le mandataire s'obligeait seul. Le Code a donc dérogé au droit romain. Il faut le laisser de côté, ce n'est plus que de l'histoire. »

Si la question paraît aussi clairement résolue à Laurent, qui serre toujours de très près les textes du Code, d'excellents esprits n'ont cependant pas pensé que le Code avait aussi nettement rompu avec une tradition vieille de plusieurs siècles.

Au moment de la rédaction du Code, le critérium du droit romain sur la distinction entre le mandat et le louage était universellement admis, sans contestation aucune. Pothier le reproduisait. D'autre part, ainsi que dans la dernière période de la législation romaine, le droit n'était pas parvenu à admettre que le mandataire représentait le mandant.

Comment supposer que le Code ait rompu avec toutes les idées reçues, sans que dans les travaux préparatoires les rédacteurs aient pris la peine de s'en expliquer ?

Ils s'étendent longuement sur ce point qu'ils entendent reproduire le critérium tiré du droit romain. Contrairement à l'opinion de Laurent, leurs discours montrent bien qu'ils sont imbus des idées romaines sur la précellence de certains services. Ils disent sans doute nettement que le mandataire représente le mandat. Mais ils ne disent rien de la nouveauté de ce caractère. Il est très vraisemblable qu'ils n'auraient pas manqué d'y insister s'ils y avaient attaché l'importance qu'on lui attribue.

Nous trouvons d'ailleurs dans un auteur contemporain du Code civil, dans Merlin (1), la complète justification que les idées romaines se sont maintenues sous la nouvelle législation.

La question de savoir si les notaires, qui sont chargés de recevoir les actes et de leur donner l'authenticité, peuvent être considérés comme les mandataires des parties s'est présentée devant la Cour de Cassation en 1812. L'affirmative n'est pas sans importance pour les notaires, puisque, d'après l'article 2002 du Code civil, les parties qui ont constitué un mandataire

1. Merlin. *Répertoire*. V° *Notaire*. § VI, p. 356.

pour une affaire commune sont tenues solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

Le Procureur Général Merlin a conclu à l'affirmative. Les motifs qu'il a invoqués peuvent se résumer ainsi : « Le notaire est un mandataire parce qu'il exerce une profession libérale. » En un mot le grand jurisconsulte distingue le mandat salarié du louage par la nature même des travaux qu'ils ont pour objet ou plutôt de l'art dont ils dépendent. S'ils relèvent d'un art mécanique, ce sont des louages ; ce sont des mandats dans le cas contraire.

La Cour de cassation dans son arrêt du 27 janvier 1812 a complètement adopté les conclusions de son Procureur Général.

Il est certain qu'à l'époque de la rédaction du Code, la société était encore dominée par l'idée que l'exercice des arts libéraux était plus noble que celui des travaux mécaniques, et que le mandat était un contrat d'un ordre plus élevé que le louage.

Il n'est donc pas possible de penser que les législateurs du Code civil, pénétrés de ces sentiments, eussent repoussé le critérium romain pour admettre un critérium nouveau fondé sur la représentation juridique.

Avec Troplong⁽¹⁾ d'ailleurs, nous n'attacherons pas une importance capitale au texte de l'article 1984 du

1. Troplong. *Du Mandat*, n° 3

Code civil. Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que cet article est mal rédigé. Il indiquerait que la représentation est de l'essence du mandat. Or le droit romain connaissait le mandat, tout en ignorant la représentation.

De nos jours, au surplus, il existe une variété de mandats qui ne s'accommodent pas de la représentation : Le contrat de commission, la convention de prête-nom (1).

Il convient donc de prendre l'article 1984 dans un sens purement énonciatif, plutôt que dans un sens limitatif.

Il est impossible d'admettre que les rédacteurs du Code civil aient, par la rédaction qu'ils ont donnée à l'article 1984 du Code civil, entendu rompre avec les idées reçues par la société de l'époque.

Cet état des mœurs en 1804 est un argument sur lequel se fondent Championnière et Rigaud pour soutenir que le Code a reproduit les idées romaines sur la précellence de certaines professions (2).

Selon, disent-ils, que les travaux dépendent d'un art mécanique, ou d'un art libéral, ils sont l'objet d'un louage ou d'un mandat. Après avoir invoqué le droit romain, Pothier, Merlin, la Jurisprudence de la Cour

1. Planiol, t. 2, n° 2231.

2. Championnière et Rigaud. *Traité des droits d'enregistrement*, t. 2, n° 1480 et s.

de Cassation, ces auteurs s'appuient « au-dessus de tout cela : sur le Code Civil ».

« Un tribunal, disent-ils, peut-il rejeter ce critérium sans excéder ses pouvoirs et soutenir qu'il n'était pas celui que le législateur avait en vue, sans nier ce qui est certain ? ... »

Nous croyons donc qu'au moment de la promulgation du Code civil, malgré le texte de l'article 1984, la qualité des services rendus était toujours, dans l'esprit de la loi, le caractère qui distinguait le mandat du louage de services.

CHAPITRE IV

Le droit moderne

Mais il importe de rechercher si, grâce à l'évolution des mœurs, les idées ne se sont pas modifiées, et si, de nos jours, le représentation juridique du mandant par le mandataire n'est pas devenue le seul critérium qui permette de distinguer ces deux contrats.

I. — Parmi les plus anciens commentateurs du Code civil, ceux mêmes qui avaient adopté les idées romaines sur la distinction entre le mandat salarié et le louage, prévoyaient que sous l'influence des mœurs la situation se modifierait.

Duranton notamment, qui admettait comme critérium la nature de l'affaire, ne pouvait s'empêcher de reconnaître (1) que « cette distinction était encore plus « dans nos mœurs que dans nos lois ».

D'autres partisans des idées de l'ancien droit, Championnière et Rigaud s'expriment ainsi (2) :

1. Duranton, t. 18, n° 195.

2. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, t. 2, n° 1487, p. 431, n. 1.

« L'inégalité dans les personnes et dans les biens,
« sur laquelle reposaient la constitution romaine et
« le régime féodal, avait fait admettre par un pen-
« chant naturel à généraliser les idées, la supposition
« d'un rang entre les divers états. Cette opinion, que
« ne soutient plus l'habitude qui l'avait produite, doit
« tomber et s'éteindre. Déjà la précellence que l'on
« accordait à certaines professions n'est plus recon-
« nue que par ceux qui les exercent. Sans doute,
« l'industrie dominera bientôt nos mœurs, les idées
« qu'elle comporte se généraliseront à leur tour, les
« travaux, comme les esprits, seront tous empreints
« de calcul et d'égalité. L'arbitre et l'écrivain, déchus
« de cette hauteur fictive qui élevait leur génie, ne
« seront même à leurs yeux que des entrepreneurs,
« leurs œuvres deviendront des spéculations. *Alors*
« le fisc aura raison quand il rangera les engage-
« ments du géomètre, du peintre, de l'homme de let-
« tres et du savant, dans la classe des marchés ; le
« contribuable devra combattre l'opinion publique
« s'il veut soutenir que les productions de l'esprit
« sont autres choses que des objets mobiliers sus-
« ceptibles d'estimation. »

Championnière et Rigaud estiment que ces temps futurs, qu'ils entrevoient, ne sont point encore révo-
lus, et qu'à l'époque où ils écrivent, les mœurs n'ont
point encore abrogé des règles que reconnaissaient
les rédacteurs du Code.

La question revient donc à examiner quel est actuellement l'état des mœurs.

II. — Depuis la rédaction du Code civil se sont produites de bien profondes modifications, modifications sociales, politiques et économiques.

La hiérarchie entre les hommes a été abolie, la hiérarchie entre les services ne devait pas manquer de l'être à son tour.

Il n'y a plus ni personnes nobles, ni mots nobles, ni contrats nobles.

La vie est sans doute devenu plus âpre, le travail est devenu pour tous une nécessité, et nous avons appris à le respecter, car selon la forte parole de Laurent : Quel que soit le travail, il est saint, et il sanctifie, car il moralise.

Rien n'est plus digne de considération que de mériter un salaire et de gagner sa vie.

Dans l'état actuel de nos mœurs il ne reste plus rien de la prétendue précellence des arts dits libéraux sur les arts mécaniques.

Les arguments développés à l'appui de cette précellence étaient si faibles et si contradictoires qu'ils ne pouvaient arrêter le mouvement signalé dans les mœurs.

Championnière et Rigaud, partisans de cette précellence, sont obligés de reconnaître eux-mêmes que le critérium qu'ils préconisent n'est pas fondé sur la

raison, et que la classification des arts libéraux et des arts mécaniques n'est pas une classification rationnelle.

L'intelligence ne joue-t-elle pas en effet un rôle aussi considérable dans la fabrication d'une machine que dans l'élaboration d'un livre ?

Spinoza gagnait sa vie à polir des verres de lunettes. Une profession purement mécanique est donc conciliable avec les plus admirables facultés de l'intelligence.

Les auteurs n'ont pas même pu s'entendre pour nous apprendre quels étaient les services qui faisaient l'objet d'un louage, et quels étaient au contraire ceux que nous devons considérer comme des mandats.

Cujas estime que les avocats sont des locateurs, et non des mandataires, contrairement à l'opinion de Pothier et de Merlin.

Les procureurs *ad lites* sont des locateurs, dit Coquille ; ce sont des mandataires, répondent Cujas et Pothier.

Les arts libéraux, nous affirme-t-on, sont inestimables, leur rémunération n'en est pas l'équivalent, donc le contrat qui se forme est gratuit, c'est un mandat.

Ces affirmations sont contraires à la réalité. Le travail intellectuel est susceptible d'appréciation. Le peintre ne vend-il pas ses tableaux, le poète ne vend-

il pas ses poèmes ? Si le génie de l'un et de l'autre ont pris nécessairement une forme matérielle, ce n'est certes pas cette forme matérielle qui a été vendue. Je n'ai pas entendu acheter le papier sur lequel sont imprimés les poèmes que je recherche.

Et s'il peut être vrai que les œuvres d'art sont difficilement appréciables, « ce caractère semble plutôt, « selon nos idées et nos pratiques modernes, être moins « un obstacle à une estimation pécuniaire qu'un affranchissement de toute mesure dans l'estimation (1) ».

Le travail intellectuel est si bien susceptible d'appréciation que deux peintres ne vendent pas leurs tableaux au même prix, que deux avocats ne sont pas rétribués de la même manière. On ne saurait nier que la loi apprécie le travail intellectuel, puisqu'elle taxe le travail des notaires, des avoués, des huissiers.

La loi n'y voit pas un contrat gratuit. Elle sanctionne ainsi l'opinion des parties ; car peut-on soutenir « sans absurdité » (2) que le client entend que l'avocat reçoive une libéralité, et que celui-ci se propose de rendre un service gratuit.

Nous ne saurions donc approuver la théorie de MM. Aubry et Rau (3), à laquelle s'est rangé M. Guil-

1. Labbé, note S. 1903.I.497.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl.

3. Aubry et Rau, t. 4, § 344, p. 314, n. 2, 3, 4.

louard. Ces auteurs déclarent que le mandat se distingue du louage parce que le mandataire représente le mandant, mais ils estiment que les actes dépendants d'une profession littéraire ou artistique ne sauraient eux-mêmes et directement former l'objet d'un contrat : Celui qui les a promis ne serait pas civilement contraignable à l'exécution de sa promesse.

« Ainsi, l'engagement pris par un médecin de traiter une maladie, ou par un avocat de défendre une cause, n'engendre contre eux aucune action contractuelle, sauf, le cas échéant, la responsabilité à laquelle ils pourraient être soumis en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil. »

Ces auteurs reprennent le vieux mot d'« honoraires » pour qualifier la rémunération accordée aux avocats.

Cette doctrine est une survivance des idées romaines, qui ne sont plus admises de nos jours. Elle considère que les productions de l'esprit sont « hors du commerce » (1). Nous pensons avoir établi qu'il n'en était rien.

Depuis la promulgation du Code, s'est donc peu à peu éteinte cette idée que la distinction entre le mandat salarié et le louage reposait sur la précellence de certains services.

De nos jours, le critérium repose sur la représen-

3. Guillouard. *Du Louage*, II, n° 696, p. 219.

tation. Il est exprimé dans l'article 1986 du Code civil ; il n'y était qu'en germe ; à cause des mœurs, ce germe devait se développer.

Le principe de la représentation dans les actes juridiques ne fut admis que très lentement. Mais du jour où ce principe fut reconnu, la concession de ce pouvoir au mandataire a pris une importance extrême. Il semble, selon l'expression de M. Planiol, que « la
« concession de ce pouvoir est devenue une investi-
« ture conférant une sorte de puissance mystique, qui
« permet au mandataire d'échapper aux conséquen-
« ces des actes qu'il accomplit, et de voir ses effets
« se réaliser en la personne d'un autre » (1).

Ce pouvoir a pris une telle importance aux yeux des jurisconsultes qu'il est devenu la caractéristique du mandat. L'unanimité de la doctrine se range à cette opinion ; nous ne pouvons citer que quelques auteurs.

Duvergier, qui soutint le premier la théorie en vigueur, s'exprime ainsi :

« En résumé, dit-il, ce n'est pas l'absence de prix
« qui distingue le mandat du louage d'ouvrage. Une
« personne peut s'obliger à faire gratuitement une
« chose pour une autre personne sans que pour cela

1. Planiol. *Rev. critiq.*, année 1893, p. 197.

2. Huc, t. 12, n° 17 ; Glasson, n. sous Agen, 4 mars 1889, D. 90.2.281 ; Labbé, n. S. 1893. I. 457.

« il y ait mandat. Réciproquement, un mandat peut
« être salarié sans devenir un louage. Ce n'est pas
« non plus la différence entre les deux contrats. Le
« louage d'ouvrage peut consister à faire une œuvre
« de l'esprit. Ce qui caractérise le mandat et le dis-
« tingue du louage, c'est le pouvoir donné par celui
« pour qui la chose doit se faire à celui qui doit l'ac-
« complir. C'est la capacité transmise par le premier
« au second, c'est le droit donné au mandataire d'a-
« gir au nom du mandant, de le représenter, de
« l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers en-
vers lui. »

M. Guillouard est du même avis (1) :

« Dans le mandat le mandataire doit se mettre en
« rapports avec les tiers, faire avec eux des actes ju-
« ridiques pour le compte du mandant et plus sou-
« vent au nom de celui-ci. Dans le louage de services
« au contraire, celui qui loue ses services s'engage à
« faire des actes déterminés, mais il ne représente
« personne, il n'a pas le pouvoir d'engager celui avec
« lequel il a traité et doit seulement accomplir les
« services qu'il a promis. Il ne contracte pas avec
« le tiers pour le compte de celui auquel il a promis
« ses services. »

MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl (2) soutiennent

1, Guillouard. *Du mandat*, n° 27.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 24 du *Mandat*, n° 363.

aussi avec vigueur que « c'est dans cette mission de
« représenter le mandant qu'est le trait caractéristi-
« que du mandat, celui qui permet de le distinguer
« sûrement de plusieurs autres contrats avec lesquels
« il présente plus ou moins d'analogie ».

M. Planiol enfin partage aussi cette opinion (1). Il insiste sur ce que : « le mandat consiste essentiellement
« dans la collation du pouvoir d'agir pour le compte
« du mandant ». Ce qui implique qu'il s'agit « d'actes
juridiques » à accomplir pour le compte du mandant,
tandis que le louage de services a pour objet des
« faits d'ordre matériel ».

La jurisprudence, sauf certaines exceptions qui paraissent inexplicables, ainsi que nous le verrons, a admis ce principe. Il est indiqué très nettement par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 avril 1886 (S. 1887.1.761).

Un employé de chemins de fer avait été chargé d'arrêter un délinquant, et avait reçu des blessures au cours de cette opération. Il s'agissait de savoir s'il devait être considéré comme le mandataire du chef de gare, c'est-à-dire de la Compagnie, et non comme un locateur de services. La question était importante, car cet employé invoquait l'article 2000 du Code civil

1. Planiol, II, n° 2232.

relatif au mandat, pour se faire indemniser du préjudice qu'il avait subi.

Il a été jugé que cet employé n'était pas un mandataire, pour le motif suivant :

« Attendu en droit qu'aux termes de l'article 1984
« du Code civil, le mandat est un acte par lequel
« une personne donne à une autre le pouvoir de faire
« quelque chose pour le mandant et en son nom ;
« qu'ainsi le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant ; que ce caractère ne se rencontre pas dans l'espèce puisque le chef de gare s'est borné à réclamer le concours de son subordonné à un acte qu'il accomplissait en qualité de représentant de la Compagnie. »

La représentation est donc bien le critérium qui distinguera le mandat salarié du louage de services.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATION DU CRITÉRIUM A DIVERS CONTRATS

Maintenant que nous avons trouvé le critérium qui doit nous permettre de reconnaître si un contrat est un louage de services ou un mandat, nous nous proposons d'étudier certains contrats, et d'en déterminer la nature à l'aide de ce critérium.

AGENTS D'AFFAIRES

La question de savoir si les agents d'affaires sont des mandataires et non des locateurs de services présente une très grande importance.

Cette question ne nous paraît pas susceptible d'être résolue d'une façon générale. Il n'est pas exact à notre sens de dire, comme M. Baudry-Lacantinerie, que l'agent d'affaires ne serait pas un mandataire sous prétexte qu'il n'agirait pas pour le compte du mandant et ne le représenterait pas devant les tiers. Sans doute, dans beaucoup de cas, la représentation juridique, qui est de l'essence du mandat, ne se rencontre pas dans les relations de l'agent d'affaires avec son client. Bien souvent le rôle de l'agent d'affaires, comme celui du courtier en marchandises, consiste uniquement à mettre en rapports l'une avec l'autre deux personnes qui se proposent de traiter. Il en est ainsi de l'agent d'affaires qui, moyennant une rétribution convenue, se charge de procurer un emploi à une personne qui s'adresse à lui, de l'agent d'affaires ou du courtier qui se charge de trouver un acquéreur pour un immeuble ou pour un fonds de commerce.

Dans ces divers cas l'agent d'affaires ne nous paraît être qu'un locateur de services, car il ne représente pas juridiquement son client, il n'accomplit pour son compte et en son nom aucun acte juridique.

Mais d'autres circonstances peuvent se présenter dans lesquelles l'agent d'affaires joue vis-à-vis de son client le rôle d'un véritable mandataire. Il en est ainsi lorsque la mission donnée à un agent d'affaires comporte l'accomplissement d'actes juridiques au nom de son client. Telle nous paraît être celle de recouvrer une somme, ou bien encore la mission conférée à un agent d'affaires, non seulement de trouver un acquéreur pour un immeuble ou un fonds de commerce, mais encore de consentir à la vente (1). Nous ajouterons encore, comme constitutive d'un mandat, la convention par laquelle un agent d'affaires s'engage, moyennant la stipulation d'un salaire, à défendre les intérêts d'un exproprié devant le jury d'expropriation (2).

La jurisprudence incline manifestement à généraliser et à considérer dans toutes les circonstances l'agent d'affaires comme un mandataire de son client.

Cette jurisprudence procède, nous devons le reconnaître, de l'intention de réduire le montant, sou-

1. En ce sens trib. civ. Seine, 31 oct. 1893. *Le Droit*, 22 décembre 1893.

2. Lyon, 6 juin 1893, *Gaz. Pal.*, 1893.2.627.

vent excessif et disproportionné avec les services rendus, des salaires stipulés par les agents d'affaires, plutôt que des vrais principes du droit.

Les tribunaux s'attribuent en effet le droit de réduire, et même de supprimer complètement dans certains cas, la rémunération promise à un mandataire. Que cette réduction ou cette suppression soit prononcée s'il a été convenu que le salaire serait la rémunération de peines, de démarches et de soins dont se chargeait l'agent d'affaires, et si ces peines, démarches et soins sont devenus inutiles, en partie ou en totalité, par suite de circonstances ultérieures, nous l'admettons volontiers. Ce n'est là en somme que l'exécution des principes généraux du droit. Mais ce que nous ne saurions admettre, le cas de dol ou de fraude bien entendu excepté, c'est que, quand le mandat a été accompli complètement, et qu'aucune faute n'est reprochée au mandataire, les salaires convenus subissent une réduction, sous prétexte qu'ils seraient excessifs. Nous pensons, avec les auteurs, qu'il y a là une violation de l'article 1134 du Code civil, lequel oblige les tribunaux à respecter les conventions des parties lorsqu'elles sont légalement formées (1). Nous devons reconnaître que la jurisprudence est en sens contraire. Tous les jours les tribunaux, partant de ce principe que les agents

1. Aubry et Rau, t. IV, § 414, p. 619, n. 9 ; Laurent, t. 27, n° 347.

d'affaires sont des mandataires, réduisent les salaires qui leur ont été promis sous l'unique prétexte qu'ils sont excessifs (1).

La question s'est souvent posée en jurisprudence de savoir si constituait un mandat le contrat intervenu entre une personne ayant des droits à une succession et les agents d'affaires, dits révélateurs ou chercheurs de succession, et par lequel l'héritier promet, à titre de rémunération, l'abandon d'une quote part de l'hérédité. Il a été décidé à diverses reprises que ce contrat d'ailleurs licite, n'était pas un mandat, mais une convention *sui generis*. Il a été décidé, en conséquence, que ce contrat devait recevoir son entière exécution, dès lors que le consentement de l'héritier a été libre, s'il est établi que sans l'intervention du révélateur l'héritier n'eut pas été mis en mesure de connaître ses droits et de les faire valoir, et que les tribunaux ne pouvaient en pareil cas réduire la rémunération stipulée par le révélateur.

Nous ferons remarquer en tout cas que la plupart des décisions qui réduisent le salaire d'agents d'affaires sont relatives à des espèces où le salaire avait été stipulé avant l'exécution du mandat. Mais il est admis par la jurisprudence et par les auteurs que le salaire ne peut pas être réduit s'il a été fixé après l'exécution du mandat. Il a été jugé notamment que

1. Paris, 2 nov. 1905. D. 1905.2.456.

la commission stipulée par un intermédiaire qui se charge de trouver un acquéreur pour un immeuble ne peut être réduite lorsque le mandant s'est engagé après l'exécution du mandat (1).

1. Paris, 13 déc. 1894. S. 97.2.215 ; Montpellier, 6 fév. 93. D. 94.2.212 ; Baudry-Lacantinerie. *Du Mandat*, n° 741.

SYNDICS. — LIQUIDATEURS JUDICIAIRES. ARBITRES. — EXPERTS.

Les Syndics de faillite sont des mandataires. Ils sont à la fois les représentants de la masse et du failli. C'est à eux qu'à partir de la déclaration de faillite il appartient d'exercer toutes les actions qui intéressent soit le failli, soit la masse des créanciers (1). De ce que les syndics sont les représentants ou les mandataires du failli, la jurisprudence a tiré une conclusion intéressante. La Cour suprême par un arrêt du 21 juillet 1891 (S. 91.1.77) a décidé qu'un Syndic, procédant à la vente d'un fonds de commerce dépendant de l'actif, a pu valablement, comme mandataire du failli, contracter l'engagement de ne pas se rétablir dans un délai ou dans un rayon déterminé.

Les liquidateurs judiciaires sont incontestablement des mandataires puisqu'ils représentent la société qu'ils sont chargés de liquider. Il en est de même du liquidateur amiable d'une société (2).

1. Cass. 4 mars 1889. S. 90.I.75.

2. Cass. civ., 21 nov. 1893. S. 96.1.13.

Mais il ne saurait en être de même suivant nous, des experts et des arbitres. Les experts et les arbitres ne représentent pas les parties. Les arbitres, tout au moins ceux dont il est question dans les articles 1003 et suivants du Code civil, font office de juges. Quant aux experts, leur fonction consiste uniquement à fournir à la justice, dont ils sont les auxiliaires, des avis motivés dont elle a besoin pour s'éclairer (1).

Cependant la jurisprudence leur applique le même traitement qu'aux notaires. Elle décide que les experts et les arbitres sont les mandataires des parties, et qu'en cette qualité ils jouissent contre elles d'une action solidaire pour le paiement de leurs frais et honoraires (2).

M. Guillouard (3), pour approuver cette jurisprudence, se fonde sur ce que les arbitres tiennent de la volonté des parties la mission de juger, et que cette mission, pour être plus élevée qu'une autre, n'en a pas moins la même source que le mandat ordinaire, et doit produire les mêmes effets.

Quant aux experts, l'éminent auteur fait valoir cet argument qu'ils reçoivent un véritable mandat qui

1. Laurent, t. 28, n°s 37-39 ; Baudry-Lacantinerie. *Mandat*, n°s 3 83 et 758.

2. Cass. 17 nov. 1830. S. 1831.1.28 ; Grenoble, 13 déc. 1848. S. 49.2.604 ; Amiens, 24 oct. 1901. D. 1913.2.281.

3. Guillouard. *Du Mandat*, p. 507, n° 177.

peut engager leur responsabilité en cas de faute, et qui dès lors doit engendrer à leur profit les mêmes garanties.

Que les arbitres reçoivent des parties la mission de juger, et les experts celle de donner leur avis sur une question litigieuse, nous ne le contestons pas. Mais cette mission ne ressemble en rien au mandat, lequel consiste dans le pouvoir donné par une personne à une autre d'accomplir pour elle et en son nom des actes juridiques, de la représenter vis-à-vis des tiers. Or, ni les experts, ni les arbitres, ne représentent vis-à-vis des tiers les parties qui sont renvoyées devant eux.

ARCHITECTES

Les architectes chargés par un propriétaire d'élever une construction sont-ils des mandataires ? Ne sont-ils pas au contraire des locateurs d'ouvrage ? La jurisprudence par de nombreuses décisions leur a attribué la qualité de mandataires (1).

Nous ne croyons pas que cette opinion soit exacte. Ainsi que l'enseigne M. Baudry-Lacantinerie (2), la preuve que les architectes sont des locateurs d'ouvrage et non des mandataires résulte en premier lieu de la place même où le Code examine la situation de l'architecte. C'est en effet dans les articles 1792 et 1793 du Code civil, au chapitre III traitant du louage d'ouvrage ou d'industrie, que le législateur a posé les règles qui gouvernent les rapports de l'architecte avec les propriétaires.

De plus, et c'est la raison déterminante, l'architecte ne représente pas le propriétaire vis-à-vis des tiers, ce qui est la condition essentielle du mandat. Il lui

1. Cass. req., 11 nov. 1885. S. 86.I.303.

2. Baudry-Lacantinerie. *Du Louage* n° 3869 ; *Du Mandat*, n° 396.

fournit seulement son travail. On ne saurait considérer autrement que comme une opération se rattachant au louage d'ouvrage, et non comme indicatif du contrat de mandat, le règlement des mémoires des ouvriers ou des entrepreneurs. Sans doute l'architecte fait se règlement au nom du propriétaire, mais il est impossible de soutenir qu'en agissant ainsi l'architecte accomplit un acte juridique au nom du propriétaire, qu'en un mot il est son représentant vis-à-vis des tiers. Il convient de remarquer d'ailleurs que dans la plupart des cas la jurisprudence n'attribue à l'architecte la qualité de mandataire, que pour pouvoir réduire son salaire, comme dans l'espèce du jugement rendu par le tribunal civil de la Seine le 19 juillet 1893 (3) ou, comme dans des arrêts de la Cour de Paris des 7 novembre 1891 et 13 juillet 1898 (4) pour pouvoir prononcer sa révocation *ad natum*.

Il serait à désirer que la jurisprudence se conformât davantage aux principes puisque c'est par l'interprétation erronée de la nature de certains contrats qu'elle arrive à faire produire à ces contrats des conséquences opposées à celles qu'ils comportent.

3. *Gaz. Pal.*, 1894.I.6.

4. Paris, 7 nov. 1891, *Pand.*, 1892.2,233 ; Paris 13 juill. 1898, *Droit*, 17 sept. 1898.

AGENTS D'ASSURANCES

La profession pour laquelle la distinction entre le mandat salarié et le louage de services présente le plus d'intérêt pratique est à coup sûr celle d'agent ou d'inspecteur d'assurances. Nous avons déjà dit qu'aux termes de la loi du 27 décembre 1890 l'employé qui a engagé ses services pour une durée indéterminée ne peut être congédié qu'après un délai de préavis en rapport avec la nature de l'emploi ou, à défaut de ce préavis, que moyennant une juste et préalable indemnité.

Sans doute, même dans l'hypothèse d'un contrat de mandat, il peut être stipulé valablement que le mandant pourra révoquer le mandataire sans lui payer une indemnité.

Mais dans le cas où le contrat intervenu entre la compagnie d'assurances et son agent est muet sur ce point, la question de savoir si l'agent a droit à une indemnité est subordonnée à la nature de ce contrat. S'il s'agit d'un mandat, la révocation ne donne en principe au mandataire aucun droit à une indemnité.

Il en est tout autrement en vertu de la loi du 27 décembre 1890, s'il s'agit d'un louage de services.

La question de la nature du contrat n'est pas facile à trancher, car on y rencontre en général réunis les caractères du mandat salarié et ceux du louage de services. L'agent d'assurances peut être chargé de représenter la compagnie vis-à-vis des tiers, et cependant se trouver vis-à-vis de celle-ci dans des conditions qui le font ressembler à un employé, à un locateur de services.

Les auteurs admettent que dans ce cas c'est le louage de services qui domine, et que par suite l'agent d'assurances doit être considéré, non comme un mandataire, mais comme un locateur de services.

C'est également à cette théorie que se rallie M. Planiol dans la savante note qui accompagne l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 1892 (D. 1892. 1. 585), Il déclare que lorsque la concession du pouvoir représentatif, qui constitue le mandat, coïncidera avec la conclusion d'un louage de services à durée indéterminé, le mandataire, ayant alors le caractère d'employé salarié, bénéficiera des dispositions protectrices de la loi du 27 décembre 1790 et sera à l'abri d'un congédiement arbitraire, ou bien, s'il en est victime, il aura droit à une indemnité.

M. Baudry-Lacantinerie va même plus loin a propos de l'employé de commerce, qui lui aussi peut être appelé dans certaines circonstances à représen-

ter son patron. Il décide qu'il doit être considéré uniquement comme un locateur de services pour les deux raisons suivantes : On ne peut voir, dit-il, deux contrats dans une convention qui attribue à l'employé une seule fonction. Pour qu'il y ait mandat, il ne suffit pas qu'il y ait représentation, il faut que le représentant n'ait que cette dernière qualité, et que sa seule mission consiste à agir au nom du patron vis-à-vis des tiers.

Ces raisons nous paraissent très critiquables. En effet l'agent d'assurances n'a qu'une seule fonction, et cependant on peut être appelé à se demander, à raison de la nature de cette fonction et des actes qu'elle comporte, si elle constitue un mandat ou un louage de services. De plus, un agent d'assurances peut, en dehors de la mission qu'il reçoit de représenter la Compagnie, accomplir certains actes n'ayant pas ce caractère représentatif, sans cesser pour cela d'être mandataire. Il faut voir, comme dit M. Guillouard, quel est le contrat qui domine.

MM. Lyon-Caen et Renault estiment aussi qu'il convient de rechercher « d'après les circonstances et les usages du commerce » quelles sont, des règles du mandat et de louage de services, celles qui doivent prévaloir (1).

En réalité, cela revient à une question de fait. C'est

1. Lyon-Caen et Renault, t. 3, n° 520.

ainsi du reste que la Cour de cassation tend à envisager le problème. Par un arrêt du 16 avril 1907 (D. 1907. 1.445) rendu sur les conclusions de M. l'Avocat Général Feuilloley, elle a décidé qu'un agent d'assurances, qui représentait la Compagnie et qui était par suite son mandataire dans certaines circonstances, était cependant un locateur de services ayant droit à une indemnité pour brusque renvoi. Elle s'est fondée, pour le décider, sur les constatations souveraines du Juge du fait, desquelles il ressortait que cet agent recevait un traitement fixe de 200 francs par mois, et qu'il devait tout son temps à la Compagnie. Il se trouvait par suite dans des liens de subordination qui faisait de lui un employé.

Dans un arrêt du 28 octobre 1907 (S. 1912.1.301), la Cour de cassation, pour trancher la question de savoir si les parties sont liées par un contrat de mandat ou de louage de services, a rappelé que c'était la représentation qui distinguait les deux contrats. Elles insistent sur ce que le mandataire accomplit des actes juridiques, tandis que le louage de services a principalement pour objets des actes matériels, qui ne laissent aucune initiative personnelle. La Cour estime qu'un employé envoyé par une société à l'Etranger avec mission de la représenter tant à l'égard de son personnel qu'à l'égard des tiers, de diriger ses affaires dans un vaste rayon, de donner des ordres, de signer des contrats, de faire tout ce qui semble-

rait convenable à ses intérêts, devait être considéré non comme un agent subordonné, mais comme un mandataire de la Société.

La Cour de Cassation a par suite décidé que la veuve et les enfants de cet employé avaient le droit de se faire indemniser des conséquences d'un accident dont il avait été victime au cours de l'exécution de son mandat.

La note de l'arrêtiste fait ressortir que lorsqu'un employé, comme dans l'espèce de l'arrêt, lié à son patron par un louage de services, reçoit de celui-ci une mission au cours de laquelle il doit agir vis-à-vis des tiers en qualité de représentant du patron, ce qu'il faut envisager, pour savoir si l'on doit appliquer l'article 2000 du Code civil, ce n'est pas le contrat originaire, mais le caractère et la nature de la mission donné à l'employé. Si cette mission revêt le caractère du mandat, l'employé ou ses représentants auront le droit de se prévaloir de l'article 2000 du Code civil. C'est là une situation analogue à celle où le contrat participe du louage de services et du mandat et où l'on décide que la nature du contrat doit être déterminée, comme nous l'avons dit ci-dessus, par l'élément prédominant.

COURTIERS D'ASSURANCES

A la différence des agents d'assurances qui sont, comme nous l'avons dit, des locateurs de services, les courtiers d'assurance sont des mandataires. Mais ils ne sont les mandataires que de l'assuré, qu'ils représentent vis-à-vis de la compagnie. Il ne sont pas les mandataires de celle-ci. La jurisprudence en a tiré la conséquence que les engagements pris par un courtier d'assurances à l'égard de l'assuré, postérieurement à la souscription de la police, ne liaient nullement la compagnie d'assurances (1).

Il arrive souvent qu'un assuré charge un tiers de la vérification de ses polices avec les sociétés d'assurances. Ce contrat a-t-il le caractère du mandat ou du louage de services ? A notre avis, il s'agit d'un louage de services si le tiers spécialiste est uniquement chargé de vérifier les polices, mais nous pensons que le contrat présenterait le caractère du mandat si le tiers recevait en même temps la mis-

1. Paris, 5 juillet 1892. D. 93.2.40

sion de poursuivre l'indemnité en cas de sinistre (1).

Dans cet ordre d'idées, la Cour suprême a rendu le 11 février 1891 (2) un arrêt que nous approuvons complètement. Elle a décidé que l'acte par lequel une société s'engage à vérifier les polices d'un assuré, soutenir tous les procès qui pourraient surgir par suite de la vérification ou en cas de sinistre, est un mandat. Nous ajouterons, avec la Cour suprême, que l'on ne peut pas voir dans cette convention le caractère du contrat d'assurances, car elle ne présente ni risque, ni chose assurée, ni indemnité.

1. En ce sens Paris, 5 fév. 1886, 23 et 30 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 1881. I. 274.

2. S. 1891.I.121.

AVOCATS

Déjà sous l'ancien droit, Cujas était d'avis que l'avocat, qui prête aux parties le concours de sa parole, de son expérience et de sa science juridique, et auquel une rémunération est promise pour ce concours, devait être considéré non comme un mandataire, mais comme un locateur. Cette thèse ne saurait plus faire de doute à notre époque où le progrès de mœurs n'a laissé subsister entre le louage d'ouvrage et le mandat salarié qu'un seul trait distinctif, la représentation juridique du mandant par le mandataire.

Aussi la doctrine admet-elle aujourd'hui unanimement qu'un avocat est non pas un mandataire, mais un locateur d'ouvrage (1). L'opinion contraire ne repose que sur des traditions ; elle est en contradiction avec les mœurs et avec la loi elle-même.

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Agen du 4 mars 1889 (D. 1890. 1.281) a néanmoins décidé le contraire dans une espèce d'ailleurs peu favorable à l'avocat

1. Planiol, t. 2, n° 2232. Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Du mandat*, n° 379.

en cause. Il s'agissait d'un avocat qui avait stipulé de son client, poursuivi en Cour d'assises, un supplément d'honoraires, très élevé, en cas d'acquiescement. La Cour d'Agen s'est fondée sur ce qu'il y avait eu en l'espèce non un contrat de louage de services, mais un contrat de mandat, pour réduire dans de très grandes proportions le salaire promis.

M. Glasson a fait de cet arrêt une critique très serrée (1). Les arguments qu'il invoque pour soutenir que l'avocat est un locateur d'ouvrage nous semblent tout à fait irréfutables. Le mandataire, dit M. Glasson, est chargé d'accomplir un acte ou une série d'actes juridiques, et d'autre part il reçoit le pouvoir de représenter le mandat à l'effet de l'obliger envers les tiers et d'obliger les tiers envers lui. Or que fait l'avocat ? Il expose verbalement les prétentions de son client. La plaidoirie n'est pas un acte juridique et l'avocat n'a pas la qualité de représentant. Cette qualité appartient dans les procès civils à l'avoué, et dans les procès criminels il ne peut être question de représentation puisque le prévenu ou l'accusé doit être présent en personne, autrement il serait jugé par défaut ou par contumace. En réalité, l'avocat qui plaide n'est pas plus un mandataire que le médecin qui fait une opération chirurgicale ou qui traite un malade. Enfin d'après le savant professeur, c'est une

1. Glasson, note sous Agen, 4 mars 1889. D. 90.2.281.

erreur de dire que le talent et la science de l'avocat ne peuvent être estimés en argent, et ne peuvent pas dès lors faire l'objet d'un contrat de leur part. C'est là une vieille théorie empruntée au droit romain et au droit canonique, et qui n'est plus de notre temps. Nous ferons remarquer au surplus que l'avocat est si peu le mandataire et le représentant de son client qu'il ne l'engage ni par son silence ni par ses aveux, à moins que l'avoué ne soit présent à la barre.

AVOUÉS

Si l'avocat ne peut pas être réputé le mandataire de son client, il en est tout autrement de l'avoué. Il agit non seulement pour le compte, mais au nom de ses clients. Il est leur représentant puisque les conclusions qu'il est chargé de prendre sont censées avoir été faites par eux. Les avoués, en leur qualité de mandataires *ad litem*, ont des pouvoirs plus étendus que les mandataires ordinaires. Ils lient leurs clients même par les actes pour lesquels un pouvoir spécial leur est nécessaire, tant que celles-ci n'ont pas recours à la procédure du désaveu.

CAPITAINES DE NAVIRES

Les capitaines de navires sont-ils des mandataires de l'armateur, ou sont-ils seulement des locateurs d'ouvrage ? La question est vivement controversée en jurisprudence et en doctrine. La Cour de Nîmes par un arrêt du 13 mars 1893 (1) a décidé que les capitaines de navires n'étaient pas les mandataires des armateurs, et elle a tiré cette conséquence que la renonciation d'un capitaine de navire à une clause de non-responsabilité n'était pas opposable à l'armateur.

Un arrêt de la Cour de Rouen du 1^{er} mars 1893 (2) s'est prononcé au contraire pour la qualité de mandataire.

Les auteurs sont également très divisés. MM. Alauzet (3), Boistel (4) opinent pour le mandat, alors que M. Baudry-Lacantinerie (5) considère au contraire

1. Dalloz, 1894.2.135.

2. Recueil de Rouen, 1893.I.113.

3. Alauzet. *Comment. du Code de comm.*, t. V. n° 1742.

4. Boistel. *Précis de Droit comm.*, n° 1180, 1181 et 1192.

5. Baudry-Lacantinerie. *Du Mandat*, n° 395.

les capitaines de navires comme des locateurs d'ouvrage.

Nous n'hésitons pas à nous rallier à cette dernière opinion pour les raisons suivantes. Tout d'abord le capitaine de navire ne représente pas l'armateur vis-à-vis des tiers, ce qui est le caractère constitutif du mandat. Sa mission se borne à diriger, à conduire le navire et à fournir ses soins moyennant un prix déterminé. Vainement on objectera que le capitaine de navire est chargé de divers actes pour le compte de l'armateur, tels que des achats de vivres. On peut répondre à cette objection que beaucoup de locateurs d'ouvrage, et en particuliers les domestiques, reçoivent de leurs maîtres une mission analogue sans être pour cela des mandataires.

L'article 221 du Code de commerce d'après lequel le capitaine répond de ses fautes légères ne prouve pas davantage qu'il soit le mandataire de l'armateur, car le locateur d'ouvrage, comme tout contractant d'ailleurs, répond lui aussi de ses fautes légères. Enfin l'argument tiré du caractère relevé des fonctions du capitaine de navire, fonctions qui exigent des connaissances techniques étendues, n'est pas plus fondé, puisque les directeurs techniques des sociétés sont eux-mêmes, ainsi qu'on l'a vu, des locateurs d'ouvrage.

Nous mentionnerons, en terminant, l'opinion de

MM. Lyon-Caen et Renault (1). Ces éminents auteurs cherchent à concilier les deux systèmes, en soutenant que le contrat qui lie le capitaine de navire à l'armateur est un contrat mixte, tenant à la fois du mandat et du louage. Mais pour les raisons formulées ci-dessus nous pensons que ce système intermédiaire ne doit pas davantage être accepté.

1. Lyon-Caen et Renault, t. 2, n° 520 ; t. 5. n° 496.

COURTIERS DE COMMERCE

Les courtiers de commerce sont-ils des mandataires. Ne sont-ils pas au contraire des locateurs de service. M. Baudry-Lacantinerie (1) se prononce très nettement contre la qualité de mandataires. Les raisons qu'il invoque nous paraissent décisives. On sait que la caractéristique du mandat, le critérium essentiel par lequel ce contrat se distingue du louage de services, est la représentation juridique du mandat par le mandataire. Or, dit M. Baudry-Lacantinerie, le courtier ne représente pas l'industriel. Il se borne à servir d'intermédiaire entre deux personnes ayant toutes deux l'intention de contracter. Cet auteur ajoute que le courtier n'est pas un mandataire puisqu'il n'est choisi par aucune des parties, et s'offre de lui-même à les mettre en rapports.

La Cour d'Amiens par un arrêt du 21 mars 1891 (2) a attribué au courtier en marchandises la qualité de

1. Baudry-Lacantinerie. *Traité du Louage*, t. 2, n° 4140 ; *Traité du Mandat*, n° 392.

2. Dalloz, 1892.2.305.

mandataire. Mais il suffit de lire les considérants de cette décision pour voir que les pouvoirs donnés à ce courtier étaient ceux d'un mandataire ou d'un commissionnaire. L'arrêt énoncée en effet que la mission donnée à ce courtier avait tous les caractères, soit d'un mandat pur et simple, soit d'un contrat de commission défini par l'article 94 du Code de commerce, et dans lequel le commettant donne pouvoir de faire pour lui une ou plusieurs opérations de commerce déterminées au commissionnaire, qui s'engage à les traiter pour le compte du commettant, soit au nom de celui-ci, soit en son propre nom.

Cet arrêt a bien jugé. C'est à bon droit qu'étant données les circonstances de la cause il a décidé que le courtier dont il s'agissait au procès était un mandataire ou un commissionnaire.

Mais on ne saurait généraliser ni soutenir, comme l'a fait à tort M. Guillouard (3), que le courtier est un mandataire. Quand il se renferme dans l'exercice normal de ses fonctions, c'est-à-dire quand il se borne à rapprocher deux commerçants et à les mettre en rapports, il ne fait pas un acte de mandataire parce que la condition essentielle du mandat, la représentation juridique du mandant, fait défaut.

La Cour d'Amiens a tiré de la qualité de mandataire qu'elle a attribué au courtier, une déduction très juridique. Elle a décidé que le contrat de mandat ou de commission avait pris fin par suite de la mise en

liquidation judiciaire de la société qui l'avait conclu, et que le courtier n'avait droit à aucune indemnité à raison de la cessation anticipée de son mandat parce que cette éventualité n'avait pas dû échapper à ses prévisions.

Il y avait à notre avis une raison encore plus décisive pour motiver le rejet de la demande d'indemnité. Il suffisait d'appliquer par analogie l'article 2004 qui donne au mandant le droit de révoquer la procuration quand bon lui semble.

REPRÉSENTANTS DE COMMERCE

S'il est une profession pour laquelle la distinction entre le mandat salarié et le louage de services est intéressante à préciser, c'est assurément celle de représentant de commerce. La question de savoir si un représentant de commerce doit être considéré comme un mandataire salarié ou comme un locateur de services semble, d'après la jurisprudence, devoir être subordonnée aux circonstances suivantes : Le représentant de commerce qui agit pour le compte d'une ou de plusieurs personnes, qui ne touche d'elles aucun traitement fixe, et qui n'est rémunéré que par les remises proportionnelles qu'il perçoit sur les affaires qu'il négocie doit être réputé le mandataire de ces maisons. Au contraire le commis-voyageur, attaché à une maison qui lui alloue un traitement fixe, en dehors des commissions qu'il perçoit sur les affaires, doit être considéré comme un locateur de services. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Nancy par un arrêt du 2 février 1909 (S. 1909.2.246). Dans le premier cas en effet il n'y a entre le représentant de commerce et les

maisons qu'il représente et au nom desquelles il traite aucun lien de subordination, tandis que ce lien apparaît nettement dans le second cas.

La jurisprudence, suivant en cela l'opinion d'un auteur (1), a une tendance très marquée à décider que le mandat se distingue du louage de services non seulement parce que le mandataire représente le mandant, mais aussi parce que le locateur de services se trouve dans un état de subordination qu'ignore le mandataire.

Le lien de subordination, qui existe dans le mandat comme dans le louage de services, est plus lâche dans celui-là que dans celui-ci. Mais une différence de degré n'est pas un critérium suffisant.

D'autre part, des trois sortes de louage, seul le louage de services présente ce lien de subordination. La subordination ne peut donc être un critérium.

Le critérium adopté par la Cour de Nancy est celui de la majorité des Cours et des tribunaux.

Par un arrêt du 18 décembre 1903 (*Gaz. du Pal.*, 1904.1.460), la Cour de Limoges a décidé que le placier ou représentant de commerce ne saurait être assimilé à un commis ou employé au profit duquel la résiliation du contrat peut donner lieu à une indemnité.

« Attendu enfin, dit cet arrêt, que Blanchard était
« sur la place de Limoges placier ou représentant de

1. Frey. *Ann. Dr. Comm.*, III, 1889, p. 197.

« commerce opérant pour le compte de plusieurs
« maisons qu'il faisait à son gré profiter de la clien-
« tèle dont il disposait, que c'est en cette qualité
« qu'il plaçait des vins pour la maison Vidal *sans*
« *appointements fixes, ayant droit seulement à des com-*
« *missions convenues sur les affaires qu'il lui appor-*
« *tait ;*

« Que sans doute les vins qu'il vendait pour Vidal
« étaient vendus sur échantillons, mais que cette cir-
« constance ne saurait modifier la nature des relations
« des parties, Blanchard n'étant pas tenu de placer
« ces vins plutôt que ceux de telle autre maison
« qu'il pouvait également représenter...»

La Cour de Limoges dans le dernier considérant de sa décision fait une remarque très judicieuse que nous croyons devoir relever. Elle déclare que simple intermédiaire, non rétribué à l'aide d'appointements fixes, accrédité en même temps auprès de plusieurs maisons, ayant une clientèle personnelle, le placier ou représentant de commerce n'est pas exposé, par suite de la suppression subite de son emploi, au préjudice que le commis ou employé de commerce peut éprouver d'un renvoi inopiné.

Le tribunal de commerce de la Seine, par un jugement du 20 juillet 1910 (1) conforme d'ailleurs à plusieurs décisions antérieures, a adopté la même thèse.

1. *Gaz. Pal.*, 1910. 2. 666.

Il a jugé qu'un représentant à commission était un simple mandataire révocable *ad nutum* et que le patron pouvait le congédier à son gré à condition de ne pas faire de son droit un usage abusif.

Nous devons signaler cependant une décision du tribunal de commerce de Saint-Etienne du 11 avril 1906 qui, sans être complètement contraire à cette jurisprudence, s'en écarte cependant. Il s'agissait d'un voyageur de commerce qui, en dehors de sa commission sur les affaires procurées, recevait de son patron une indemnité journalière pour frais de route, augmentée de la délivrance d'une carte annuelle de demi tarif destinée à l'obtention d'une réduction sur le prix des transports en chemins de fer. Les juges consulaires de Saint-Etienne ont décidé que la convention intervenue entre le voyageur et la maison de commerce participait à la fois du mandat et du louage de services, que c'était une convention mixte à laquelle les règles spéciales de ces deux contrats étaient applicables dans tout ce qu'elles ont de compatible entre elles. En conséquence, le tribunal de commerce a jugé que la révocation sans préavis d'un pareil contrat pouvait donner lieu à des dommages-intérêts dans la mesure du préjudice causé au mandataire. Le tribunal de Saint-Etienne, pour donner plus de force à sa décision, a cru devoir ajouter que le contrat dont s'agit était de nature à procurer aux deux parties des bénéfices réciproques, comme sti-

puant un ensemble de conventions synallagmatiques. Ce motif ne nous paraît pas exact. Sans doute le mandat donné dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ne peut être révoqué que du consentement mutuel des deux parties (1). Mais il sera rare que le mandat du représentant de commerce ne soit pas conféré exclusivement dans l'intérêt du patron.

L'attribution au représentant de commerce de la qualité de mandataire ne présente pas seulement de l'intérêt au point de vue de la rupture ou de la résiliation du contrat. De ce qu'il est un mandataire et non un locateur de services, la jurisprudence a déduit deux conséquences importantes. Tout d'abord il ne jouit pas de l'exemption de patente dont bénéficiaient les commis ou employés. C'est en ce sens que s'est prononcée à diverses reprises la jurisprudence du Conseil d'État (2).

En second lieu le représentant de commerce n'est pas fondé à exercer le privilège accordé aux commis-voyageurs non seulement pour leur salaire, mais encore pour leurs commissions sur les biens de leur patron tombé en faillite par la loi du 6 février 1895 (3). Cela a été décidé par un arrêt de la Cour de Douai

1. Cass., 11 fév. 1891. S. 91.1.121.

2. Cons. d'État, 14 janv. 1893. S. 94.3.115 ; Cons. d'État, 10 fév. 1894. S. 96.2.22.

3. Sirey. *Lois annotées*, 1895.4.937.

du 1^{er} juillet 1907 (1). Le syndic de la faillite, dans l'espèce de cet arrêt, contestait le privilège réclamé, sous prétexte que le réclamant n'était pas un commis dans le sens de la loi de 1895, mais un représentant de commerce plaçant les marchandises de son patron moyennant une rétribution proportionnelle, sans lien de dépendance avec la société, sans contrat de louage de services proprement dit avec elle. L'arrêt de la Cour de Douai, pour admettre le privilège, s'est fondé sur le motif suivant : « Attendu qu'il résulte
« des faits de la cause et de la nature des relations
« qui unissent la Société Obers et C^{ie} au sieur Cler-
« rière que celui-ci n'était pas un négociant opérant
« pour son compte, mais seulement un commis sala-
« rié tenu de voyager pour placer les produits fabri-
« qués pour son compte. »

Les expressions employées par la loi du 1^{er} février 1895 pour désigner les commis ayant droit au privilège seraient de nature à créer un doute sur la portée de la loi. Il est dit dans le texte que le privilège est accordé aux commis attachés à une ou plusieurs maisons de commerce, sédentaires ou voyageurs. Or, les représentants de commerce représentent presque toujours plusieurs maisons. Mais les paroles du rapporteur ont complètement éclairé la question. Il a fait observer qu'en effet un commis pouvait être atta-

4. Sirey, 1909.2.205.

ché à plusieurs maisons de commerce sans cesser pour cela d'être un commis (1).

Nous ajouterons en terminant que bien qu'ils soient des mandataires et par suite susceptibles d'être révoqués *ad nutum*, sans indemnité, les représentants de commerce peuvent cependant obtenir des dommages-intérêts de leurs commettants en cas de révocation intempestive (2). Mais rien ne s'oppose à ce que dans le contrat il soit stipulé que le patron ne devra aucune indemnité à son mandataire révoqué. La Cour de cassation, par un arrêt du 10 novembre 1891 (3), a décidé qu'une pareille stipulation n'est pas prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes mœurs, ni inconciliable avec la nature du contrat du mandat. Nous ferons remarquer qu'il est tout autrement en matière de louage de services. L'article 1780 du Code civil §° déclare que les parties ne peuvent renoncer d'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts.

1. Rapport de M. Legrand à la Chambre des Députés. Sirey. *Lois annotées*, 1895.4.937, notes 3 et 4.

2. Cass., 16 juill. 1865. S. 1865.1.350.

3. Sirey, 1891.1.529.

COMMISSAIRES DES COURSES

Les commissaires des courses nommés par les sociétés de courses pour organiser les courses, veiller à l'observation du règlement et trancher les contestations, sont-ils des mandataires de ces sociétés ?

Malgré une décision de la Cour de Paris du 28 décembre 1891 (1), qui s'est prononcée en sens contraire, nous croyons que les commissaires des courses sont des locateurs de services. La mission qu'ils reçoivent d'organiser les courses et de veiller à l'observation du règlement leur confère plutôt la qualité de préposés des sociétés que celle de mandataires. On ne rencontre pas en effet dans cette mission le caractère de la représentation juridique au sens de l'article 1984 du Code civil. Le pouvoir qui leur est attribué de juger les contestations qui peuvent surgir à propos de l'inexécution du règlement ne leur donne pas davantage la qualité de mandataires, car, en tant qu'ils jugent les contestations, ils exercent une sorte de pouvoir juridictionnel et ne représentent pas la société. Cela est si vrai qu'avant 1870, les commissaires de courses étaient nommés par l'autorité administrative.

1. S. 92.2.297.

MÉDECINS

Les auteurs qui font de la nature ou la qualité des services rendus le caractère distinctif du mandat et du louage de services soutiennent que les médecins sont des mandataires. Nous avons déjà dit que dans l'état de nos mœurs cette opinion ne pouvait plus être admise.

La doctrine moderne est d'avis que les médecins sont des locateurs de services. M. Planiol, après avoir dit que le mandat a pour objet propre des actes juridiques à accomplir pour le compte du mandant, alors que le louage de services a pour objet des faits d'ordre matériel conclut ainsi :

« Il résulte de là que les médecins... ne sont pas les
« mandataires de leurs clients. Ils ne font pour eux
« aucun acte juridique, il n'agissent pas au nom de
« ceux-ci, ils exercent leur profession et agissent en
« leur propre nom, encore que leur travail profite à
« autrui : le contrat qu'ils font est un louage de tra-
« vail. »

La jurisprudence estime que les médecins ne sont

pas des locateurs de services (Cass., 31 août 1839. S. 39.1.163).

Dans l'espèce solutionnée par cet arrêt, il s'agissait d'un médecin qui avait conclu avec son client les conventions suivantes: Le médecin s'engageait, sa vie durant, à donner ses soins à son client. Celui-ci devait lui verser 10.000 francs par an, ou un capital de 200.000 francs. Le client offrit un jour au médecin une légère indemnité pour que celui-ci résiliât à l'amiable ces étranges conventions. Le médecin refusa. Le client prétendit que le contrat était nul, qu'il contrevenait à l'article 1780 du Code civil, lequel stipule que l'on ne peut s'engager qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. La Cour de cassation jugea que l'article 11780 du Code civil n'était applicable qu'aux domestiques et gens de services et non aux médecins.

Les tribunaux suisses ont une autre jurisprudence. Un jugement du Tribunal fédéral suisse du 10 juin 1892, a décidé que les rapports entre le malade et le médecin doivent être appréciés d'après les règles relatives aux contrats de louage de services.

NOTAIRES

La question de savoir si les notaires sont, à l'égard des personnes qui emploient leur ministère, des mandataires ou des locateurs de services est fort ancienne. Nous avons vu que par un arrêt du 27 janvier 1812, rendu sur les conclusions de Merlin, la Cour de cassation avait décidé que les notaires étaient des mandataires.

Elle s'était fondée sur le caractère élevé des fonctions notariales. Etant donné l'état des mœurs à cette époque, on se refusait à admettre que les notaires puissent être assimilés à des locateurs d'ouvrage.

Nous n'hésitons pas à dire qu'après les changements qui se sont produits dans la société moderne une pareille raison doit être écartée. Sans doute il y a lieu de distinguer. Un notaire devient incontestablement le mandataire de son client, la jurisprudence fait tous les jours de ce principe des applications (1), lorsque celui-ci le charge d'accomplir pour lui quelque acte juridique, négocier un prêt, recevoir une créance. Mais

1. Amiens, 22 nov. 1890. S. 92.2.260.

ce que nous ne saurions admettre, c'est que le notaire puisse être considéré comme le mandataire de ses clients, lorsqu'il se borne à leur prêter son ministère pour conclure une convention. Nous ne disconvenons pas de l'intérêt que dans ce cas le notaire peut avoir à être réputé le mandataire de ses clients, puisque cela lui permet d'exercer contre eux une action solidaire pour le paiement des frais du contrat. Néanmoins, nous pensons que l'idée de mandat doit être écartée parce que le caractère distinctif du mandat salarié d'avec le louage : la représentation juridique, ne se rencontre pas dans ce cas.

Ainsi que le disent très exactement MM. Baudry-Lacantinerie et Wahl, le notaire qui prête son ministère à des parties pour la conclusion d'un contrat ne représente pas plus son client qu'un agent d'affaires ne représente le sien. Il fournit ses services à son client, ce qui est précisément le cas de l'agent d'affaires ; il est donc un locateur d'ouvrage. Le client compare aux actes dressés par le notaire, celui-ci ne le représente donc pas et n'est pas son mandataire.

La jurisprudence n'a pas encore été appelée à trancher la question d'une façon directe. On cite bien, en faveur de l'opinion d'après laquelle les notaires sont des mandataires de leurs clients, un arrêt de la Cour suprême du 4 juin 1890 (S. 893.4.497. Intéressante note de M. Labbé lequel estime que les notaires ne sont pas des mandataires). Mais il est facile de voir

que cet arrêt n'a porté que sur la question de savoir s'il y avait une convention expresse ou tacite permettant au notaire en cause de réclamer des honoraires particuliers, en sus du salaire de ses actes. La Cour suprême en un mot, à laquelle la question qui nous occupe n'avait pas été directement posée, ne l'a pas résolue.

ADMINISTRATEURS ET DIRECTEURS DE SOCIÉTÉ DIRECTEURS TECHNIQUES

Les administrateurs de société sont à coup sûr des mandataires. Nommés par l'Assemblée générale des actionnaires pour s'occuper des affaires de la société, ils la représentent vis-à-vis des tiers. Cette qualité de mandataires leur est d'ailleurs reconnue expressément par l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867.

La même qualité de mandataire appartient au Directeur de la société qui, suivant les dispositions des statuts à cet égard, peut être choisi soit par l'assemblée générale, soit par les administrateurs et pris dans leur sein. Ce Directeur, lorsqu'il est étranger à la société, comme le permet l'article 22 précité de la loi du 24 juillet 1867, dirige l'ensemble des affaires sociales, intervient dans tous les contrats, dans toutes les instances, comme représentant de la société. Il est donc incontestablement son mandataire. Il convient de noter d'ailleurs, comme le font remarquer

MM. Lyon-Caen et Renault (1), que les administrateurs ne sont pas personnellement responsables des faits du Directeur ou de l'Administrateur Délégué, à moins qu'ils n'aient commis une faute en choisissant un Directeur notoirement incapable, ou en lui laissant accomplir des actes dangereux, ou en l'autorisant à faire certains actes que le Conseil d'administration n'a pas le pouvoir de faire. C'est sur la société dont il est le mandataire, non sur les administrateurs, que doit peser la responsabilité des fautes du Directeur.

Mais si le Directeur, nommé par l'Assemblée générale, ou par les Administrateurs, pour diriger l'ensemble des affaires sociales vis-à-vis des tiers et de représenter la société, est un mandataire, il n'en n'est pas de même du Directeur technique. On appelle ainsi celui qui est choisi par le Conseil d'Administration pour s'occuper seulement de certaines affaires de la société, par exemple pour diriger des usines ou des services spéciaux à raison de ses connaissances spéciales, d'où son nom de Directeur technique. Le Directeur n'est qu'un agent du Conseil d'administration, le premier employé de la société. Il peut, comme tout autre employé, être engagé pour un temps indéterminé, ou pour un temps fixe supé-

1. Lyon-Caen et Renault. *Traité de Droit commercial*, t. 2, n° 835 et s.

rieur au délai de six ans de l'article 22 de la loi du 24 juillet 1867. Comme tout autre employé, il n'est pas révocable *ad nutum* ; ce Directeur technique peut, s'il est congédié, demander des dommages-intérêts (1).

La Cour suprême a fait de ce principe une application qui peut paraître excessive. Elle a décidé par un arrêt du 12 décembre 1892 que le Directeur technique ne pouvait être révoqué *ad nutum* bien qu'il fut en même temps Administrateur de la société et qu'il tint ses fonctions de Directeur technique de l'Assemblée générale des actionnaires, s'il résultait en fait des circonstances de la cause qu'il avait eu exclusivement la direction technique de l'usine, que ses pouvoirs spéciaux n'étaient pas ceux d'un Directeur général, et qu'ils n'avaient jamais excédé les limites des attributions restreintes qui lui avaient été conférées. La Cour de Nancy, dont l'arrêt (2) avait fait l'objet du pourvoi rejeté par la Cour suprême, avait considéré que la situation ne pouvait recevoir aucune modification du fait que le Directeur technique pouvait être en même temps Administrateur de la société : Les deux fonctions sont distinctes et sont soumises, quant aux conditions de la révocation, à des règles différentes.

1. Paris, 4 nov. 1885. S. 86.2.235.

2. Nancy, 25 juill. 1891. D. 92.1.149.

Par un arrêt récent du 22 décembre 1913 (1), la Cour Suprême s'est encore expliquée sur la situation du Directeur technique dans ses rapports avec la société. Il résulte de cet arrêt que dans une société anonyme le Directeur technique, choisi et engagé par le Conseil d'Administration, n'est pas comme l'Administrateur, le mandataire, mais un employé lié à la société par un contrat de louage de services qui précède et limite ses attributions. La Cour suprême a fait du principe par elle résolu l'application suivante. L'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 (dit la Cour de Cassation) n'interdit qu'aux Administrateurs institués par l'article 22 de la même loi de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'Assemblée générale. Mais cette prohibition n'est pas applicable aux Directeurs techniques, les Assemblées générales n'ont aucune autorisation à donner à ces derniers qui n'ont de compte à rendre qu'aux Administrateurs avec lesquels ils ont traité.

Un jugement récent du tribunal correctionnel de la Seine, 11^e Chambre, en date du 16 décembre 1913 (2) a attribué à un Directeur technique de société la qualité de mandataire pour des motifs qui ne nous paraissent pas très juridiques.

1. *Gaz. Trib.*, 23 et 24 janv. 1914.

2. *Gaz. des Trib.*, 23 janv. 1914.

La question est née à propos de l'application de la loi du 8 décembre 1909 sur le paiement des salaires des ouvriers et employés.

On sait que cette loi assujettit les employeurs à l'obligation de payer leurs ouvriers ou employés à des intervalles réguliers, au moins mensuellement, sous peine de se voir déférer au tribunal de simple police, qui peut prononcer contre eux une amende de 5 à 15 francs.

Pour décider que le Directeur technique était non un locateur de services, mais un mandataire, et qu'il n'avait pas droit par suite au bénéfice de la loi du 7 décembre 1909, le tribunal correctionnel de la Seine, s'est notamment fondé sur le motif suivant :

« Attendu que le louage de services a principale-
« ment pour objet un travail matériel déterminé à
« l'avance, ne laissant à celui qui l'accomplit aucune
« initiative personnelle, aucune décision à prendre ;
« qu'il n'en était pas de même de K... qui, en sa qua-
« lité de Directeur technique de la société, et en rai-
« son des services qu'il dirigeait, des ordres qu'il
« donnait, de l'autorité qu'il exerçait, et du pouvoir
« qu'il avait d'agir au mieux des intérêts de la société
« pour tout ce qui concernait les études techniques,
« les inventions, les modèles, était traité, non comme
« un simple locateur de services, mais comme un col-
« laborateur et un associé ; que s'il ne représentait
« pas la société d'une manière générale vis-à-vis des

« tiers, il était dans la sphère de ses attributions un
« véritable mandataire de la société ; que le bénéfice
« de l'application du mandat appartient en effet à
« tous les employés qui représentent à un titre quel-
« conque une société ou un patron, même seulement
« pour le pouvoir de donner des ordres à d'autres em-
« ployés ou ouvriers, ou d'embaucher. »

Ce jugement se met manifestement en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation résultant des arrêts que nous avons mentionnés ci-dessus. La circonstance que l'employé d'une société aurait de l'initiative personnelle et aurait sous sa dépendance des subordonnés, suffirait, d'après cette décision, pour qu'on dut le considérer comme un mandataire de la société. Le mandat, à notre sens, ne saurait recevoir une pareille extension. Il consiste, comme nous l'avons dit, dans la représentation du mandat par le mandataire. Mais il s'agit d'une représentation juridique. Il faut donc, pour qu'il y ait mandat et non louage de services, que le mandataire soit chargé d'accomplir des actes juridiques. Donner des ordres à des ouvriers ou employés, diriger une usine sont des actes qui ne nous semblent pas devoir rentrer dans cette catégorie. En résumé le Directeur technique d'une société est un employé d'un ordre plus élevé que les autres, mais c'est un employé, un locateur de services, et non un mandataire parce qu'il ne représente pas juridiquement la société.

Nous ajouterons que la qualité d'associé ou de fondateur invoquée par le jugement n'était pas de nature à modifier la situation juridique du Directeur technique. Il résulte en effet de l'arrêt de Nancy du 25 juillet 1891 relaté ci-dessus que la qualité d'associé ou d'apporteur-fondateur n'est pas exclusive de celle de locateur de services ; les deux qualités pouvant se trouver réunies dans la même personne.

CONCLUSION

En passant en revue les diverses professions susceptibles par leur nature de se rattacher au louage de services ou au mandat, nous avons eu pour but de démontrer que le critérium distinctif des deux contrats réside bien dans la représentation juridique du mandant par le mandataire, et non ailleurs. Les services rendus rentrent dans le mandat ou dans le louage de services suivant que la condition essentielle énoncée plus haut existe ou non.

Il est regrettable que la jurisprudence persiste encore dans la vieille distinction entre les arts libéraux et les arts mécaniques, considère encore comme des mandats des professions qui par suite de l'absence de représentation juridique ne constituent manifestement que des louages de services, telles que les professions de médecin, d'avocat, de notaire. Mais il est permis d'espérer que les dissidences, qui ne peuvent pas s'expliquer juridiquement, finiront par disparaître sous la poussée du régime égalitaire qui est le trait distinctif des sociétés modernes.

Sans doute, au moment où le Code est sorti des dé-

libérations du législateur, les traditions et les principes du droit romain exerçaient encore sur nos jurisconsultes une très grande influence. C'est ainsi que nous avons vu Merlin en 1812 faire triompher devant la Cour suprême une thèse qui faisait des notaires en toutes circonstances les mandataires des parties qui ont recouru à leur ministère. C'est ainsi qu'un certain temps après, des auteurs éminents, comme Championnière et Rigaud, ont continué à voir dans le caractère noble ou non des services rendus le caractère distinctif du mandat et du louage de services.

Mais, à côté de ces jurisconsultes, certains auteurs comme Duvergier se détachent des idées du passé, et, entrevoyant l'avenir, ont émis un avis opposé. Ils ont nettement déclaré que le mandat comportait essentiellement le pouvoir donné au mandataire d'accomplir pour le mandant, et en son nom, des actes juridiques, et que toute mission qui ne renfermait pas cette représentation juridique ne pouvait être qu'un louage de services. La doctrine de Duvergier a été adoptée depuis par tous les auteurs modernes.

C'est donc à la lumière de ces principes qu'il convient de résoudre les litiges très nombreux qui surgissent à chaque instant dans la pratique, quand il s'agit de savoir si le contrat a le caractère d'un mandat ou d'un louage de services.

Le critérium que nous indiquons, et qui est unanimement celui de la doctrine, n'est pas difficile à

appliquer. Si la jurisprudence savait, pour établir la distinction dont nous parlons, se dégager de certaines contingences, la question serait facilement résolue. On ne comprend pas en effet que, pour se réserver la faculté de réduire les salaires des agents d'affaires, la jurisprudence les considère comme des mandataires au sens juridique du mot dans des cas où ils ne sont manifestement que des locateurs de services. Cette jurisprudence tendancieuse ne se comprend pas, car les tribunaux sont faits pour appliquer la loi telle qu'elle existe. C'est seulement au législateur, sous la poussée de l'opinion publique, qu'il appartient de la changer. Quand le caractère du contrat intervenu entre les parties est juridiquement un louage et non un mandat, les tribunaux ne peuvent pas, sous prétexte d'obéir à certaines considérations contingentes, se refuser à admettre l'existence de ce contrat.

Vu le Président :

AMBROISE COLIN

Vu le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE. — Recherche du critérium qui distingue le mandat du louage de services

	Pages
INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I. — Le Droit Romain.	9
CHAPITRE II. — L'Ancien Droit	22
CHAPITRE III. — Le Code Civil	29
A. — Les travaux préparatoires.	29
B. — Le texte du Code civil.	34
CHAPITRE IV. — Le droit moderne.	42

DEUXIÈME PARTIE. — Application du critérium à divers contrats

Agents d'affaires.	54
Syndics.Liquidateurs judiciaires.Arbitres.Experts.	59
Architectes.	62
Agents d'assurances.	64
Courtiers d'assurances.	69
Avocats.	71
Avoués	74
Capitaines de navire	75
Courtiers de commerce.	78

Représentants de commerce.	80
Commissaires des courses.	88
Médecins	89
Notaires.	91
Administrateurs de Société	94
Directeur de Société.	94
Directeur technique.	94
CONCLUSION	101

MAYENNE, IMPRIMERIE CHARLES COLIN
